J. pract.

242 N. 1/1

C
m

Handbuch

des

gerichtlichen Verfahrens

in

nichtstreitigen bürgerlichen Rechtssachen,

namentlich

bei den sogenannten Handlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit, dann bei dem Vormundschafts- und Hypothekenwesen.

Von

D. Wolfgang Heinrich Puchta,

königlich baierischem Landrichter in Erlangen.

Erster Theil.

Erlangen

bei J. J. Palm und Ernst Enke

1821.

37 B

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

Vorrede.

Als ich vor 24 Jahren die praktische Laufbahn betrat, war ein großer Theil dessen, wovon dieses Buch handelt, mir fremd, so wenig ich mir auch rücksichtlich der Benützung meiner Zeit auf der Universität etwas vorzuwerfen hatte. Ich hatte leider, bei der damaligen Verfassung der Gerichtsstellen meines Vaterlandes, der Vorbereitungs-Praxis entbehren müssen, die ich Seite 14. dieser Schrift als ein Hülfsmittel des praktischen Studiums bezeichne, und diese Lücke mußte mir um so fühlbarer werden, da ich, ehe ich sie durch Selbstbelehrung auszufüllen Gelegenheit fand, als Justizamtmann wirken, ja als Vorstand eines Untergerichts die mir

untergeordneten Mitarbeiter in ihrer Geschäftsführung controlliren, erforderlichen Falls sie belehren, auf jeden Fall — nicht erst von ihnen lernen sollte. Und doch that mir in so manchen Zweigen des Dienstes, besonders in den Geschäften der s. g. willkührlichen Gerichtsbarkeit die Lehre so noth. Ich hatte also nicht sobald durch Studium, Lesen der Akten und Uebung jene Lücke ausgefüllt, als ich mich aufgefordert fühlte, diejenigen Rechtscandidaten und angehenden Praktiker, die sich meiner Leitung anvertrauten, so viel möglich auf kürzerem Wege dahin zu führen, wohin mich der längere der Uebung und Selbsterfahrung gebracht hatte. Noch bis jetzt ist dieser praktische Unterricht eine meiner Lieblingsbeschäftigungen. Mündliche und schriftliche Anweisungen und Instruktionen wechseln hier mit einander ab, und es konnte daher nicht fehlen, daß sich in einer langen Reihe von Jahren so zu reden in Kopf und Pult eine ziemliche Masse von praktischen Anleitungen anhäufte. Von diesen Sammlungen nun theilte ich seit fünf Jahren nach und nach auch dem größern Publikum mit. Ich bemerke dieß nicht ohne besondere Beziehung. — Ich weiß, daß man von Geschäftsmännern nicht immer günstig urtheilt, wenn sie literarisch thätig sind, und ich muß es meinen

Lesern, vornämlich den minder großgünstigen, frei heraus bekennen: ich weiß sogar, daß mancher unter ihnen auch dieses Werk nicht ohne Verwunderung zur Hand nehmen wird, wie ich wohl neben einem beschwerlichen, und wie man doch nicht verkennt, gut verwalteten Amte, noch so viel Zeit gewinnen könne, um mich dergleichen literarischen Beschäftigungen zu widmen. Bedächte man (wenn denn ja das Bestreben, noch etwas weiter hinaus nützlich zu werden, als der von den Brodberufs-Grenzen umschlossene Raum reicht, einer Entschuldigung bedarf!) bedächte man doch, wie viele Augenblicke in einem zur Thätigkeit bestimmten Leben *) auch dem Geschäftsmanne übrig bleiben, die so oft ungenützt verstreichen. — Dem sei aber wie ihm wolle, ich finde mich für das Opfer so mancher Erhohlungsstunde reichlich entschädigt durch den Beifall, dessen das Publikum und das Urtheil praktischer Rechtsgelehrten diese Versuche für die juristische Ausübungslehre gewürdigt hat. Und so hoffe ich denn auch

---

*) Es sind dieß jene tempora, quae spectaculis, campo, tesseris, otiosis denique sermonibus, ne dicam somno et conviviorum mora, aliisque inerruditis voluptatibus alii conterunt, wie Quinctilian sagt.

für diese Arbeit freundliche Aufnahme und nachsichtige Beurtheilung, wenigstens da, wo es auf individuelle Erfahrungen und davon abstrahirte Grundsätze und Maximen ankommt. Meine eigene Ueberzeugung von der Verdienstlichkeit meines Unternehmens entscheidet freilich weder für dessen Werth noch für meinen Beruf. Es hatte mir indessen auch nicht an Aufforderungen und darunter von Männern gefehlt, auf deren Vertrauen ich stolz zu seyn Ursache habe. Ich beziehe mich dießfalls, bloß um nicht dem Verdachte der Berufung auf unsichtbare Autoritäten mich auszusetzen, — ausser was dießfalls die Recension meiner, mit der gegenwärtigen verwandten Schrift: Der Geschäftsmann in Gegenständen der öffentl. und Privatrechts-Praxis. Erlangen bei Palm und Enke 1818. 8. in der Hall. allg. Lit. Ztg. 1818. n. 179. enthält, — auf eine Stelle in des Königl. Baier. wirklichen Staatsraths Herrn von Gönner Commentar über das K. B. Gesetz vom 22. Julius 1819. ꝛc. (Erlangen 1820.) Einleit. S. LIX. Ohne diese Aufforderungen würde ich vielleicht wenigstens so bald nicht mit diesem Werke hervorgetreten seyn. — So viel von dessen nächster Veranlassung und zu seiner Rechtfertigung; denn die Sache und die Wich-

tigkeit des Gegenstandes bedarf keiner Rechtfertigung. Doch glaube ich in letzterer Hinsicht diese Vorrede noch nicht schließen zu dürfen, da man es leider hier mit ganz eigenen Vorurtheilen zu thun hat.

Man ist nur zu sehr daran gewöhnt, die Geschäfte, deren Behandlung den Gegenstand dieser Schrift ausmacht, an diejenigen von der niedern Ordnung anzureihen, wenn von der Würdigung des Geschäftsumfangs der Gerichte, von der mehrern oder mindern Wichtigkeit der einzelnen Theile desselben und von der Vertheilung der Geschäfte nach dem Maße der Fähigkeiten der verwaltenden Individuen die Rede ist. Mit bloßer empirischer Rechtskenntniß und Geschäftsgewandheit, meint man, wären die nichtstreitigen Gerichtshandlungen gar wohl zweckmäßig zu besorgen, indem es, ausser einer gewissen mechanischen Ordnung, dabei hauptsächlich nur auf Eigenschaften des Willens ankäme. Diese Vorstellung ist eben so unvollständig und einseitig gefaßt, als sie in ihrer Wirkung gefährlich ist, und man kann den Anfänger im Geschäftsleben nicht zeitig genug auf die Grundlosigkeit dieser Ansicht aufmerksam machen, zumal da derselbe unter andern schon durch die Art, wie der deßfallsige Unterricht

auf Universitäten getrieben wird, verleitet werden muß, zu glauben, es handle sich hier wirklich nur von Geschäften, bei deren Verwaltung weder sonderlich viel Ehre noch Verdienstlichkeit zu erwerben ist. Mag es auf Rechnung jenes Umstandes, daß über jene Geschäfte der s. g. nichtstreitigen Gerichtsbarkeit auf Universitäten gewöhnlich nur im Vorbeigehen und rhapsodisch gelehrt wird, (was vielleicht seinen Grund in Verhältnissen hat, die ich anderwärts *) berührt habe,) und daß deßhalb unsere angehenden Praktiker eine schiefe Vorstellung in das Geschäftsleben bringen; oder mag die anscheinend geringhaltige Würdigung dieses Verwaltungszweigs von der Gesetzgebung und Regierung mancher Länder, wovon jene selbigem in den Prozeß- oder Gerichtsordnungen kaum einen Platz vergönnt, diese aber bei der Verwaltungsorganisation deutlich genug zu erkennen giebt, mit welchen Augen dasjenige im Justizdienst von ihr betrachtet wird, was nicht zum streitigen Rechtsverfahren gehört; — genug die irrige Vorstellung ist mehr oder weniger allgemein in Deutschland. Freilich so wie diese Geschäfte leider

*) Ueber die Grenzen des Richteramts in bürgerlichen Rechtssachen. (Nürnberg 1819. 8.) S. 24. n. 13.

gewöhnlich getrieben werden, darf jene Würdigung ihres Werths nicht befremden, und man muß froh seyn, daß sich nur noch hin und wieder eine bescheidene Stimme dafür erhebt. Doch nach dem was deßfalls in der Schrift S. 8. u. 79. schon gesagt ist, habe ich hier nichts mehr dazu zu setzen für nöthig befunden.

Ueber Anlage und Ausführung dieses Werks brauche ich nicht viel zu sagen; es mag sich vor den Augen der Kenner selbst rechtfertigen. Einiges kann ich indessen zu bemerken nicht unterlassen, damit es niemand befremden möge, wenn er etwa hier mehr, dort weniger in dem Buche findet, als er darin zu finden geglaubt hat.

Erstens habe ich mein Absehen zunächst und hauptsächlich auf solche Leser gerichtet, welche noch der Lehre bedürfen, also für Anfänger in der Praxis, zugleich aber für diejenigen in meinem Vaterlande und anderwärts, die ohne förmliches juridisches Studium Juristen seyn sollen, weil sie, wenigstens in dem Fache, wovon diese Schrift handelt, richterliche Funktionen verrichten. Ihre Zahl ist leider nicht klein. Man würde aber mein Unternehmen unbillig und schief beurtheilen, wenn man mir Schuld

gäbe, daß ich dadurch der Pfuscherei Vorschub thäte. Nur denjenigen, der einen Pfuscher anstellt, nicht denjenigen, welcher die einmal angestellten durch Unterricht soviel als möglich unschädlich zu machen sucht, kann jener Vorwurf treffen.

Zweitens. Schon aus dieser Rücksicht glaube ich nicht, daß man es tadeln wird, wenn ich die aus Lehr- und Handbüchern sonst schon bekannten Theorien von den Erfordernissen der Rechtsgeschäfte, deren praktische Behandlung hier gelehrt werden soll, mit zum Gegenstande der Betrachtung gemacht habe. Die Sache spricht für sich selbst, und so brauche ich auch nicht einmal das Beispiel meiner Vorgänger Stryk, Claproth, von Trützschler anzuführen. Wie wollte man überhaupt die Anwendung lehren, ohne von den gesetzlichen Bestimmungen über die essentialia und naturalia des Geschäfts auszugehen, das den Gegenstand der Anwendungskunst ausmacht? ohne der Rechtswahrheiten Erwähnung zu thun, wovon jene praktischen Regeln abstrahirt sind? Dazu kommt, daß selbst derjenige Praktiker, der die Rechtstheorie gut innen hat, sich nicht immer gern auf sein Gedächtniß verläßt, und doch sich oft nicht die Zeit nimmt, weitläufig nachzuschlagen.

Nicht zu gedenken, daß es nicht selten Noth thut, bei gewissen Praktikern auf Erhaltung des wissenschaftlichen Sinnes mit hinzuwirken, der nur zu oft durch das Treiben im praktischen Leben abgestumpft wird. Ueberhaupt, was würde eine bloße Rhapsodie von praktischen Kunstgriffen nützen? In der That würde sie nicht viel mehr, oder wohl gar noch weniger nützen, als ein bloßes mark- und saftloses Formularbuch, das den Ungeschickten nichts hilft, dem geschickten Rechtsgeschäftsmann aber nur in sofern von Nutzen ist, als es ihm zur Controlle gegen Auslassungen dient, ohne eine Fessel seines eigenen produktiven Denkens zu seyn.

Drittens habe ich hauptsächlich den Wirkungskreis, den ich selbst eine lange Reihe von Jahren einnehme: den eines Unterrichters und vornämlich über die Bewohner des platten Landes, mir zum Augenmerk genommen. Denn hier ist das Feld, wo noch manches anzubauen ist, wo sich dem berufstreuen und humanen Geschäftsmanne noch vielfältig Gelegenheit darbietet, Gutes zu stiften. Die Starken bedürfen des Arztes nicht, sondern die Kranken, sagt die Schrift. Der Rittergutsbesitzer, der Bankier, der Kaufmann wissen recht gut, wie

man sich wegen vorsichtiger Eingehung der Rechtsgeschäfte zu benehmen hat, und wenn sie es nicht wissen, sie finden der Consulenten, soviel sie deren nur wollen, die keiner Anleitung mehr bedürfen. Allein ganz anders sieht es bei unserm armen Landvolke, bei dem schlichten Bürger und Professionisten aus, der, was Geschäftskunde anlangt, oft kaum eine Stufe über dem Bauer steht. Diese sind in der That oft rath- und hülflos, und das leider darum, weil Vorurtheile oder Mangel an Mitteln sie abhalten, anderswo, als da, wo sie es umsonst haben zu können glauben, Rath und Hülfe zu suchen, nämlich bei dem ihnen vorgesetzten Beamten, Patrimonialrichter u. dgl. wo sie häufig eben nicht finden, was sie suchen. Der Mann ist entweder selbst vom Anfange an rechtswissenschaftlich nicht gebildet, oder der dünne Firniß seiner Bildung hat sich im Schlendriane des gewöhnlichen Geschäftslebens abgeschliffen, oder — er hat kein Interesse an diesem Theile seines Berufs. Diese dem Volke zunächst vorgesetzten Gerichtsbeamten nun, (wenn sie anders der zuletzt bemerkte Umstand nicht unempfänglich macht,) und diejenigen jungen Männer, welche erst die Universität verlassen und dort wenig oder nichts davon gehört haben, wie man ein Inventa-

rium errichtet, einen Erbrezeß aufnimmt, und dem Rechtsunerfahrnen in seinen mancherlei Nöthen zu rathen und ihn zu leiten hat, — diese sind es, denen ich, nach Art eines juridischen Pastorale, dieses Buch gewidmet habe. Daher die mehr populäre Richtung, daher der mehr nach unten gekehrte Blick, und auch die geschäftsmoralistische Tendenz des Ganzen, die man nicht verkennen wird, und worauf ich mir übrigens mehr zu gute thue, als auf den ganzen heurematischen Kram, in dem man vielleicht manchen Artikel hier vermissen mag.

Endlich und

Viertens wollte ich ein praktisches Handbuch schreiben; ich mußte mich also an das Bestehende und positiv Gegebene halten, die Geschäfts-Oeconomie so nehmen, wie sie ist und gesetzlich besteht, nicht wie sie seyn könnte. Gebilde der Speculation, Phantasiestücke, die augenblicklich gefallen, dann aber, als für das wirkliche Leben unanwendbar bei Seite gelegt werden, mögen der Mode und gewissen Lesern zusagen; meinem Publikum, dem um empirisches Wissen zu thun ist, nützen sie nichts. — Darum, und weil ich weder den Beruf noch die Kräfte in mir fühle, einen Codex für das nicht-

streitige Rechtsverfahren zu entwerfen, ficht es mich nicht sowohl an, was an der Gesetzgebung als was an der Gesetzvollziehung anders seyn könnte. Auch sind es wohl seltener die Gesetze als die für ihre Anwendung und Vollstreckung berufenen Richter, die besser seyn sollten, und jene werden meistens nur um deßwillen für unvollkommen gehalten, weil die Richter nicht so sind, wie sie seyn sollten und könnten. Zwar würde ich es mir als etwas sehr Verdienstliches anrechnen, wenn ich hier auch einige, für die Gesetzgebung brauchbare Materialien geliefert hätte, aber ich bin schon damit zufrieden, wenn mir meine eigentliche Absicht, der Unterrichtspraxis zu nützen, gelungen ist.

Der zweite oder specielle Theil dieses Werks soll bis zur Ostermesse erscheinen.

Erlangen am 31. August 1820.

Der Verfasser.

Inhaltsverzeichniß

des ersten Theils: Von der richterlichen Behandlung der Rechtsgeschäfte im Allgemeinen.

Einleitung. S. 1—20.

§. 1. Rechtspraxis als Kunst und als Fertigkeit betrachtet.

2. Eintheilung der gerichtlichen Praxis.

3. Betrachtungen über die Motive der richterlichen Concurrenz-Anordnung.

4. Wichtigkeit dieses Verwaltungszweiges.

5. Umfang der nichtstreitigen Rechtsgeschäfte.

6. Verwandte Geschäftsgegenstände des richterlichen Amts von nichtstreitiger Natur.

7. Quellen und Hülfsmittel.

8. Plan dieser Schrift nebst einigen Bemerkungen über deutsche Justizreformation.

Erster Theil.

Literatur. S. 23. 24.

Erstes Kapitel. S. 25—62.

Eintheilung der Rechtsgeschäfte in vermischte und reinfreiwillige.

§. 9. 10. Grund dieser Eintheilung; Motive und verschiedene Beziehungen der richterlichen Mitwirkung.

11. Erfordernisse des Verfahrens im Allgemeinen.

12—14. Zweck und Modalitäten dieser Untersuchung; in Beziehung I) auf die Wirklichkeit der Willenshandlung, II) auf die rechtliche Möglichkeit u. Zweckmäßigkeit derselben.

15. Wesen der richterlichen Bestätigung.

16. Vermeintlich weitere Erfordernisse.

17. Es gilt keine Beschränkung in Ansehung der Zeit oder des Orts.

18. Etwas über Schicklichkeit des Orts zu gerichtlichen Handlungen.

19. Niemals kann der Richter in eigener Sache sein Amt verwalten.

20. Gegenstände der vermischt freiwilligen Rechtsgeschäfte.

21. Die Bestimmungen I) der preuß. Gesetzgebung hierüber.

22. II) Der österreichischen Gesetzgebung.

23. III) Der französischen Gesetzgebung.

Zweites Kapitel. S. 63—79.

Kritik der richterlichen Thätigkeit bei dem nichtstreitigen Rechtsverfahren im Allgemeinen.

§. 24. Zweck und Richtung der richterlichen Mitwirkung überhaupt.

25. Grenzprinzipe.

26. Einige Regeln für das Verhalten des Richters bei der Behandlung der nichtstreitigen Rechtsgeschäfte im Allgemeinen.

Drittes Kapitel. S. 80—91.

Nothwendige Eigenschaften des Gerichts als erstes Erforderniß der Instruktion eines Rechtsgeschäfts.

27. Zusammenhang.

28. α) Das Gericht muß competent seyn.

29. β) Eine prorogatio fori voluntaria findet bei den vermischtfreiwilligen Rechtsgeschäften nicht Statt.

30. γ) Das Gericht muß gehörig besetzt seyn.

31. Von Deputationen und Commissionen.

32. δ) Das Verfahren, wenn das Gericht nicht mit einem ordentlichen Actuar versehen ist.

33. ε) Die Einleitung des Verfahrens nach Verschiedenheit des Gerichtsorganismus.

* *

Viertes Kapitel. S. 92—126.

Subject des Rechtsgeschäfts.

§. 34. Erfordernisse im Allgemeinen.

A. Identität des Rechtssubjekts. S. 92.

35. Deren Feststellung.

B. Rechtsgeschäfts-Fähigkeit. S. 93.

36. Arten der Unfähigkeit überhaupt.

37. A) Absolute Unfähigkeit.

38. 39. B) Beziehungsweise Unfähigkeit.

40. C) Beschränkte Fähigkeit.

41. Cautelen für den Richter.

42. Wiefern die Unfähigkeit gehoben werden kann.

C. Legitimation zur Sache. S. 110.

43. Was dießfalls zu beobachten.

44. Wiefern kann das Recht eines Dritten Gegenstand des Vertrags werden?

D. Legitimation zum Prozesse. S. 115.

45. Erfordernisse dieser Legitimation überhaupt.

46. Von mehrern Bevollmächtigten.

47. Wiefern präsumtive Bevollmächtigte hier zuzulassen.

48. Von General- und Specialvollmachten.

49. Von Syndikaten.

Fünftes Kapitel. S. 127—261.

Inhalt des Rechtsgeschäfts.

§. 50. Uebersicht dieses Kapitels.

51. Allgemeine Erfordernisse.

A) Gegenstand des Rechtsgeschäfts. S. 128.

52. Welche Sachen dem Verkehre entzogen sind, und zwar
α) absolut;

53. β) relativ.

54. Wiefern die Verkehrshindernisse gehoben werden können.

55. Ueber die Veräusserungsbeschränkungen der Besitzer von Bauergütern.

B) Form des Rechtsgeschäfts. S. 145.

56. Begriff.

I. Innere Form. S. 146.

57. Wesentlichkeit der Einwilligung.

58. Von Traktaten, Punktationen und präparatorischen Verträgen überhaupt.

59. I) Von Traktaten und deren Wirkungen.

60. II) Von Punktationen.

61. III) Von präparatorischen Verträgen.

AA) Erfordernisse einer verbindl. Einwilligung. S. 158.

62. I) Gesetzmäßigkeit (justitia).

63. Belehrung der Parteien hierüber.

§. 64. Fortsetzung; Modalitäten der Handhabung der Gesetzmäßigkeit.

65. Warnung vor zuweitgetriebener Sorgsamkeit.

66. II) Wahrheit (veritas).

67. Von Scheingeschäften.

68—70. Arten von Scheingeschäften 1) gleichgültige, 2) verbotene, 3) erlaubte.

71. Uneigentliche Simulationen.

72. III) Gewißheit (certitudo).

73. 74. Mittel zur Bewirkung der Gewißheit des Willens;
a) Kenntniß der Sprache der Parteien.
b) Kenntniß der Motive des Geschäfts.

75. Das Vertrauen der Parteien, ein Mittel zum Zwecke.

76. Wiefern darf der Richter den Rathgeber der Parteien machen?

77. Vorsichtiges Benehmen bei der Bewirkung einer rechtsverbindlichen Einwilligung.

BB) Von gewissen Versicherungs-Modalitäten der Einwilligung, oder von Cautelen und Clauseln. S. 201.

78. Von Cautelen und Clauseln im Allgemeinen.

79. Von Cautelen besonders.

80. Von Clauseln besonders.

81. Von Verzichtsclauseln.

82. Criterium.

83. Von der Eideselausel.

84. Schlüßliche Bemerkungen.

CC) Von dem richterlichen Anleitungsamte bei Rechtsgeschäften. S. 217.

§. 85. 86. Zusammenhang; allgemeine Betrachtungen.

87. Nothwendigkeit dieser Verwendung des Richters.

88. Das richterliche Anleitungsamt bei Vermittelungen von Streitigkeiten, und

89. auſſer dem Fall einer Streitvermittelung.

90. Regeln.

91. 92. — durch Beispiele erläutert.

II. Aeuſſere Form. S. 243.

93. Begriff und Zweck.

94. Grundsätze.

95. Kann der Richter von der äussern Form eines Rechtsgeschäfts etwas erlassen?

96. Ueber die Billigkeit überhaupt.

97. 98. Ueber die richterliche Billigkeit.

99. Fortgesetzte Erörterung der Frage im §. 95.

100. Wiefern wird die Beobachtung der Form vermuthet.

Sechstes Kapitel. S. 262—306.

Von der Beurkundung oder der schriftlichen Abfassung.

101. Verfahren hierbei im Allgemeinen.

102—104. Schreibart — zweckwidrige Kürze; Einfachheit.

105. Innerliche Erfordernisse der Beurkundung; I) Treue.

106. II) Vollständigkeit.

Von dem Protokolle. S. 282.

§. 107. Begriff.

108. Folgerungen aus dem Begriffe.

109. I) Materie des Protokolls, und zwar 1) in subjektiver Hinsicht.

110. 2) in objektiver Hinsicht, oder Umfang des Protokolls.

111. Fortsetzung; die s. g. Registraturen.

112. II) Form des Protokolls, und zwar α) äussere.

113. 114. β) innere Form und wesentliche Erfordernisse der Glaubwürdigkeit eines gerichtl. Protokolls.

115. Verfahren, wenn sich Bedenklichkeiten bei der Unterschrift ergeben.

116. Fortsetzung zur innern Form des Protokolls.

Beschluß auf das Protokoll. S. 301.

117. 118. Competenz.

Ausfertigung der Urkunde. S. 305.

119. Concept.

120. Reinschrift.

Beilagen. S. 307—344.

Formulare Lit. A. bis P.

Verzeichniß einiger Verlags-Artikel von Palm und Enke in Erlangen, welche um die beigesetzten Preise durch alle Buchhandlungen zu haben sind:

Abegg, J. Fr. H., über die Bestrafung der im Auslande begangenen Verbrechen. gr. 8. 1819. 9 gr. od. 36 kr.

Beneken, G. W. F., Teuto oder Urnamen der Deutschen, gesammelt u. erläutert. 8. 1816. 2 Thlr. od. 3 fl.

Bentham, Jer., Tactik oder Theorie des Geschäftsganges in deliberirenden Volksständeversammlungen. Nach dessen hinterlassenen Papieren bearbeitet von St. Dümont. gr. 8. 1817. 1 Rthlr. oder 1 fl. 30 kr.

Feuerbach, Präsid. von, Erklärung über seine angeblich geänderte Ueberzeugung in Ansehung der Geschwornen-Gerichte. 8. 1819. geh. 4 gr. oder 15 kr.

Fick, Dr. Joh. Christ., historisch-topographisch-statistische Beschreibung von Erlangen und dessen Gegend, mit Anweisungen und Regeln für Studierende. Mit dem Plane der Stadt und einer Ansicht derselben. 8. 1812. 1 Thlr. 8 gr. oder 2 fl. 24 kr.

— — welche Folgen hat die Unabhängigkeit Amerika's auf Europa, und was haben wir jetzt zu thun, um die Folgen, welche daraus entstehen, besonders für Deutschland minder schädlich zu machen? 8. 1819. 6 gr. od. 24 kr.

Hildebrandt, Th., Kriegs-Handwörterbuch, oder Erklärung der vorzüglichsten und gebräuchlichsten in dem Kriegswesen vorkommenden Gegenstände und Kunstausdrücke. Mit 6 Kupf. und 2 Tabellen. gr. 8. 1820. 2 Thlr. 8 gr. oder 3 fl. 30 kr.

Krehl, Dr., Skizze eines Steuersystems nach den Grundsätzen des Staatsrechts und der Staatswirthschaft. gr. 8. 1814. 6 gr. oder 24 kr.

— — das Steuersystem nach den Grundsätzen des Staatsrechts und der Staatswirthschaft. gr. 8. 1816. 2 Thlr. 8 gr. oder 3 fl. 30 kr.

Lange, Joh. Christ., die Rechtstheorie von dem Ausspielgeschäft. gr. 8. 1818. 20 gr. oder 1 fl. 18 kr.

— — Versuch einer Begründungslehre des Rechts. gr. 8. 1821. 22 gr. oder 1 fl. 24 kr.

Meusel, Joh. Ge. (Hofr. u. Prof.), vermischte Nachrichten und Bemerkungen historischen und literarischen Inhalts. 8. 1818. 20 gr. oder 1 fl. 18 kr.

Puchta, D. Wolfg. Heinr., Anleitung zum vorsichtigen Creditiren auf unbewegliche Güter, nach den Grundsätzen des preussischen Hypothekenrechts — für Praktiker, Capitalisten u. Grundeigenthumsbesitzer. 8. 1816. 2 Thlr. oder 3 fl.

— — der Geschäftsmann in Gegenständen der öffentl. und Privatrechts-Praxis. gr. 8. 1818. 1 Thlr. 20 gr. oder 2 fl. 48 kr.

— — Worte der Erfahrung für das Princip der Specialität' bei einer neuen Hypothekenordnung in u. ausser Baiern. 8. 1819. 8 gr. oder 30 kr.

— — Handbuch des gerichtlichen Verfahren in nichtstreitigen bürgerlichen Rechtssachen, namentlich bei den sogenannten Handlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit, dann bei Vormundschafts- und Hypothekenwesen. 1ster Theil. gr. 8. 1821. 2 Thlr. oder 3 fl.

Rosshirt, D. Conr. Franc., de legitimo condictionis indebiti fundamento. 4. 1818. 6 gr. od. 24 kr.

— — über die Tendenz des prätorischen Rechts u. über das Verhältniss desselben zum Civilrechte. gr. 8. 1816. geh. 6 gr. oder 24 kr.

Schlupper, J. N., über das Staats-Finanz-Rechnungswesen. Mit Rechnungsformularen. Nebst einem Anhang über Bewirthschaftung der Getreid-Magazine in ökonomischer und finanzieller Hinsicht. gr. 8. 1817. 12 gr. oder 48 kr.

Ueber Güterzertrümmerung u. Grundstück-Handel, besonders in Hinsicht auf die Frage: Ist es zweckmäßiger den jüdischen Güterhandel auch von Juden oder blos von Christen treiben zu lassen. (Von D. Wolfg. Heinr. Puchta.) 8. 1816. geh. 6 gr. oder 24 kr.

Ulpiani Domitii quae in primum digestorum librum migrarunt fragmenta. Textu ad Codd. MSS. recognito ed. Dr. C. Bucher. Acced. scripturae quatuor Codd. Specimina. 8. maj. 1819. 20 gr. od. 1 fl. 18 kr.

Was giebt den Baiern ihre neue Verfassungsurkunde? Was fordert sie von ihnen? Besonders in Beziehung auf die ständische Einrichtung beantwortet in einem Sendschreiben eines Landrichters an seine Amtsanbefohlenen. (Von D. W. H. Puchta.) 8. 1818. geh. 5 gr. od. 20 kr.

Einleitung.

§. 1.

Rechtspraxis als Kunst und als Fertigkeit betrachtet.

Wenn von der Anwendung der bürgerlichen Gesetze als Kunst die Rede ist, so versteht man darunter den Inbegriff der Regeln des Verfahrens, welche den zur Ausübung dieser Kunst öffentlich bestellten Personen vorgeschrieben sind. Die Theorie dieser Regeln heißt die gerichtliche Privatrechtspraxis oder die gerichtliche Praxis schlechtweg, auch die praktische Rechtsgelahrtheit. Dieß ist der Begriff der Rechtspraxis in objektiver Beziehung. Es kann aber auch die Praxis als Kunst in subjektiver Bedeutung genommen werden, und hier steht die Praxis der bloßen Uebung, der wissenschaftlich gebildete Praktiker dem Routinier entgegen. Denn man kann eine Fertigkeit besitzen, Rechtsgeschäfte geschickt und so vorzunehmen, daß nach den Forderungen der Gesetze dadurch Rechte und Verbindlichkeiten unserer Absicht gemäß begründet werden, man kann sich auch die Uebung in der zweckmäßigen Abfassung der hier vorkommenden schriftlichen Aufsätze zu eigen gemacht haben, ohne darum ein Praktiker zu seyn. Jene Fertigkeit und Uebung ist noch nicht Kunst; sie ist bloß ein Talent, welches durch Erfahrung und Anwendung einzelner, nach und nach und rhapsodisch erlernter Kunstregeln erworben worden ist, dessen Nütz-

lichkeit übrigens niemand bezweifeln wird, vorausgesetzt daß es nicht gemißbraucht, vornämlich nicht in den Wirkungskreis der Kunst damit gepfuscht wird. — Der Praktiker macht sich mit den Regeln der Kunst systematisch bekannt und übt sie; der Routinier übt sie zwar ebenfalls, hat sich selbige aber nur durch öftere Anwendung zu eigen gemacht und übt sie mechanisch; seine Fertigkeit ist mit einem Worte nicht kunstmäßig erlernt. Ausnahmen von guten Rechtspraktikern aus bloßer Routine ohne rechtstheoretische Kenntnisse kann man also nicht wohl annehmen. Ausnahmen von guten Praktikern aus bloßer Routine in Verbindung mit Buchstudium und Selbstbelehrung sind bloße Ausnahmen und dieß seltene. Auch werden nur ausgezeichnete Köpfe hier, wo mehr historisches Wissen als Speculation die Brauchbarkeit des Mannes entscheidet, und selbst der Originalität ein sehr beschränkter Spielraum gelassen ist, als Autodidakten zu dem Ziele gelangen, welches Andere mit gehöriger Benützung der gewöhnlichen Lehrmittel auf jeden Fall wenigstens in kürzerer Zeit, aber auch zuverläßiger vor jeder Lücke erreichen.

§. 2.

Eintheilung der gerichtlichen Praxis.

Die praktische a) Rechtsgelehrsamkeit oder gerichtliche Praxis hat

---

a) Mir scheint es, im Vorbeigehen zu bemerken, besonders bei dem Anblicke mancher Schriften für die juristische Praxis, als ob man den Begriff von praktisch nach seinen verschiedenen Beziehungen öfters verwechsele. Nicht jede praktische Lehre ist in dem Sinne praktisch, wie er hier zu nehmen wäre. Sehr verschieden ist ein praktischer oder kunstlehrender und ein praktischer oder anwendba-

theils das Aufhören oder die Beilegung einer unter Privatpersonen entstandenen Streitigkeit über Mein und Dein durch den Dazwischentritt des Richters zum Gegenstande,

theils geht sie auf das Nichtentstehen solcher Streitigkeiten, oder darauf, wie denselben durch genaue Bestimmung der rechtlichen Verhältnisse des wechselseitigen Verkehrs der Menschen vorgebeugt werden soll. Dort handelt es sich demnach von Mitteln, wie bereits erworbenen Rechten der gesetzliche Schutz gegen Anfechtungen zu Theil werden soll, indem die Praxis die Instruktion eines Rechtsstreits zum Behuf der Entscheidung, wenn kein Vergleich statt findet, lehrt: hier handelt es sich von zweckmäßiger Begründung neuer Rechte nnd Verbindlichkeiten. Während also hier von Abwendung möglicher, ist dort von Abwendung wirklicher Gefährdungen des Rechtsstandes die Rede.

Das Verfahren in beiderlei Beziehungen heißt gerichtlicher Civil-Prozeß, bürgerliches Rechtsverfahren, eine Verhandlung der Gerichte mit den Parteien oder Betheiligten, und zwar im erstern Falle streitiger, im letztern nichtstreitiger

---

rer Satz, letzterer im Gegensatze von dem bloß theoretischen, oft nicht anwendbaren. In der Materie von Testamenten können theoretische, praktische (anwendbare) und didaktisch praktische Lehren vorgetragen werden; nur in letzterer Beziehung aber, sofern als die Manipulationen bei einer Testamentsaufnahme gelehrt werden, würde der Lehrvortrag der civilistischen Praxis angehören. So kann also eine Wahrheit praktisch seyn, d. h. im Gegensatze vom Antiquarischen einen forensischen Gebrauch haben, z. B. die Untersuchung über den Unterschied zwischen protutor und falsus tutor u. d. gl. ohne darum für die Anwendungskunst irgend fruchtbar zu seyn.

Prozeß. Man würde richtiger sagen: Prozeß über streitiges und nichtstreitiges Mein und Dein. Am gewöhnlichsten ist die von der richterlichen Befugniß hergenommene, aber sprachwidrig ausgedrückte Eintheilung in Handlungen der streitigen Gerichtsbarkeit (actus *contentiosae* jurisdictionis — Prozeß im engern Sinne —) und Handlungen der nichtstreitigen, oder freiwilligen oder willkührlichen Gerichtsbarkeit (actus *voluntariae* jurisd. — nichtstreitige Rechtsgeschäfte oder freiwillige Gerichtshandlungen —). Die letztern werden wiederum in reine und vermischte eingetheilt, wovon hernach mit mehrerem. — Gerichtsbarkeit ist diesem nach nichts anderes, als die von der obersten Gewalt im Staate ausgehende, und durch die dafür bestimmten Organe derselben verwaltete Fürsorge für die Aufrechthaltung des Rechtszustandes da, wo die von den Betheiligten dafür anzuwendenden Mittel allein nicht hinreichen. Diese Rechtsfürsorge ist also selbst da, wo Beeinträchtigungen des Rechtszustandes wirklich eintreten, mithin im streitigen Prozesse nur subsidiarisch, noch mehr also da, wo bloß von Abwendung möglicher Gefährdungen die Rede ist, nämlich bei der Eingehung von Rechtsgeschäften. Denn hier hat die verständige freie Willkühr der Betheiligten einen noch größern Spielraum und muß ihn haben, wenn nicht der Staat das Grab der Selbstständigkeit seiner Bürger werden soll.

§. 3.

Betrachtungen über die Motive der richterlichen Concurrenz-Anordnung.

Die Gesetze bezwecken, daß der Staatsbürger seine Handlungen und sein Verkehr mit Andern, wo-

durch Rechte und Verbindlichkeiten gewirkt werden sollen, oder seine Rechtsgeschäfte, nicht nur so einrichten könne, daß er dem Rechtsbegriffe gemäß diese Absicht erreiche, sondern sie verpflichten ihn bisweilen sogar, von gewissen, zur Erreichung jener Absicht dienlichen Veranstaltungen Gebrauch zu machen. Die Wichtigkeit gewisser Gegenstände dieses Verkehrs, die Betrachtung, daß sie zugleich in das öffentliche Wohl eingreifen, endlich der natürliche und bürgerliche Zustand gewisser Rechtsgeschäfts-Subjekte gab der Staatsgewalt eine zureichende Veranlassung, die Betheiligten nicht schlechthin sich allein zu überlassen, vielmehr die hier einschlagenden Geschäfte der Besorgung bestimmter öffentlicher Behörden anzuvertrauen, unter deren Leitung jene Geschäfte die Rechtsbeständigkeit erlangen sollen. Wenn nun gleich die deßfallsige Anordnung nicht sowohl von der Justiz-, als von der Polizeigewalt des Staats ausgeht *a*), so liegt doch darin allein noch kein Hinderniß der durch die Eigenthümlichkeit dieser Geschäfte motivirten Ressortbestimmung zum Besten des Richters. Die Aehnlichkeit mit der eigentlichen Obliegenheit des Richteramts zur Instruktion und Entscheidung der Prozesse in streitigen Fällen, indem es sich auch hier von der Aufrechthaltung des Rechtszustandes durch Verhütung künftiger Streitigkeiten, öfters selbst von der Auseinandersetzung, wenn auch nicht streitiger, doch wenigstens zweifelhafter Interessen handelt (was namentlich bei den vermischt freiwilligen Rechtsgeschäften der Fall ist), ferner die Betrachtung, daß zur zweckmäßigen Behandlung dieser Angelegenheiten

---

a) K. H. Gros Lehrb. der philos. Rechtswiss. oder des Naturrechts (3te Ausg.) §. 386.

gründliche Rechtskenntniß gefordert wird, — dieß alles mag zwar immerhin keine nothwendige *a*) Veranlassung gewesen seyn, die Leitung dieser Geschäfte zu einem besondern Gegenstande der Rechtspflege zu machen, und selbige den Gerichten anzuvertrauen. Man ist auch weit entfernt, diesen Zuwachs zur richterlichen Gewalt als eine wesentliche Attribution des Richteramts anzusehen, und noch mehr, Folgerungen darauf zu bauen, die nur dem Amte des Richters in streitigen Fällen eigen sind. Indessen lag denn doch in jenen Betrachtungen ein hinlänglicher Beweggrund zur Erweiterung des Wirkungskreises der Gerichte mit diesem Verwaltungszweige; und dieses ist denn auch in der Gerichtsverfassung Deutschlands bisher die Ordnung gewesen. Man kannte hier, von jeher weniger ängstlich mißtrauisch gegen die Vereinigung der Gewalten, auch nur einen einfachen Verwaltungs-Organismus und einfachere Ordnungen für das Verfahren. So wie überhaupt hier mehr von den Sitten als von Gesetzen und Verfassungen erwartet worden zu seyn scheint, so galt auch der Glaube, daß es mehr auf die Eigenschaften dessen, der die Gewalt hat, als auf noch so gemessene Instruktionen und Modifikationen dieser Gewalt ankäme, um vor Willkühr gesichert zu seyn.

---

a) In sofern und so wie die Sache hier angesehen und behandelt wird, werde ich wohl auch mit denen nicht in Streit kommen, welche durchaus nur streitige Rechtssachen unter die Gerichtsbarkeit subsumiren, und also den Begriff der Gerichtsbarkeit enger nehmen, als er wenigstens in der Praxis bisher genommen worden ist, auch in der deutschen Gerichtsverfassung realisirt vorliegt. (Vergl. F. X. Krüll's Prüfung einzelner Theile des bürgerl. Rechts. Landsh. 1802. 8. 1s Bändchen n. I.)

Abgesehen indessen von der Veranlassung der Institution und der Möglichkeit ihrer rechtlichen und politischen Rechtfertigung, so nehmen wir hier den Prozeß in nichtstreitigen Rechtssachen, oder

> das nach Kunstregeln abgemessene Verfahren zur sichern Begründung der durch das bürgerliche Verkehr bezweckten Rechte und Verbindlichkeiten im nichtstreitigen Verhältnisse,

als zu dem richterlichen Amte gehörig an; wie wir es denn in dieser Beziehung zunächst hier behandeln, wenn schon die dafür aufgestellten Grundsätze unbedenklich auch da anwendbar sind, wo eine andere Organisation der Gewalten statt findet *a*), soweit sie nämlich nicht schlechthin mit Formen, die etwa nur diesem heterogenen Gewaltsorganismus eigen sind, collidiren, sondern in dem unabänderlichen Wesen des Geschäfts ihren Grund haben.

---

a) So wie in Frankreich und wo sonst die französischen Gesetze gelten, die bei uns den Pfarrämtern anvertrauten Register für die Geburts- Trauungs- und Sterbfälle von den Civilstandesbeamten jeder Gemeinde geführt werden, so besorgen die Handlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit, namentlich alle Verträge und sonstige Rechtsgeschäfte, welchen die Parteien die Eigenschaft der, öffentlichen Glauben habenden Beurkundung geben lassen wollen oder müssen, ingleichen die Aufnahme der Inventarien und Erbtheilungen die Notarien; die Versiegelungen und Entsiegelungen in Sterbfällen gehören zum Amte der Friedensrichter; das Vormundschaftswesen steht unter der Leitung des Familienraths, dem der Friedensrichter vorsitzt; für die Besorgung der Geschäfte der Hypothekenbuchsführung aber ist eine eigene Behörde unter dem Namen Hypothekenbewahrer angeordnet.

§. 4.

Wichtigkeit dieses Verwaltungszweiges.

Es ist hier von Geschäften die Rede, die rücksichtlich ihrer Wichtigkeit den der streitigen Gerichtsbarkeit wenigstens nichts nachgeben, so untergeordnet auch die Stelle ist, die ihrer Behandlung sowohl in der Lehre als in der Ausübung nicht selten angewiesen wird. Zur richtigern Würdigung derselben braucht man wohl nichts weiter anzuführen, als daß von ihrer geschickten oder ungeschickten Behandlung oft das Glück ganzer Familien, die Sicherheit des gegenseitigen Verkehrs und des Credits der Staatsbürger abhängt, und daß auf ihnen überhaupt Treu und Glauben, also die ersten Stützen des bürgerlichen Vereins beruhen. Geschäfte von solchem Einfluß auf den Nationalwohlstand sind daher in keiner Beziehung Geschäfte niederer Ordnung, sie sind es auch nicht in Beziehung auf das Maß der zu ihrer Besorgung erforderlichen Fähigkeiten und Kenntnisse. Der Richter, welcher durch geschickte Leitung einer Erbtheilung oder sonst einer Auseinandersetzung, durch vorsichtige Aufnahme eines Gesellschaftsvertrags, Testaments u. d. gl. künftigen Prozessen vorbeugt, erwirbt sich nicht nur ein großes Verdienst um die Parteien, welche, was ihr Wohl oder Wehe so nahe angeht, ihm anvertrauen oder anvertrauen müssen, — ein Verdienst, worauf der bloß Recht sprechende Richter selten Anspruch machen wird, der mehr oder weniger nur seine Schuldigkeit thut, oder in dem, was er hier versieht, von einem Andern über ihm ersetzt wird —; dieß ist es aber nicht allein: auch in Beziehung auf wissenschaftliche Verdienstlichkeit steht jener diesem nicht nach, wenn er anders leistet, was er leisten soll. Die Erfahrung lehrt, daß es

in den meisten Fällen leichter ist, einen Prozeß zu instruiren und zu entscheiden, als demselben vorzubeugen. Die bündige, alle Irrungen und Zweifel zum voraus abschneidende Fassung eines Vertrags-Instruments fordert in ihrer Art gewöhnlich eben die Umsicht und den Scharfsinn, den der Verfasser eines Gesetzes anzuwenden hat. Mit bloßem redlichen Willen, mit gemeinem schlichten Menschenverstand und mit Routine allein kommt man hier durchaus nicht aus; auch nicht bloß mit Pünktlichkeit und Ordnungsliebe. Sollen Prozesse vermieden werden — und dahin geht ja eben hauptsächlich die Richtung der richterlichen Thätigkeit bei den nichtstreitigen Rechtsgeschäften, weil die Erfahrung lehrt, daß die allermeisten Rechtsstreite über pecuniäre Interessen weniger in Streitlust, als in mangelhafter Bestimmung der Rechte ihren Entstehungsgrund haben *a*) —; so müssen diese Geschäfte mit genauer Kenntniß ihrer Eigenschaften, gesetzlichen Erfordernisse und Wirkungen behandelt werden. Der Richter muß besonders da, wo die Gesetze mangelhafte Bestimmungen enthalten, durch bestimmte Verabredungen der Betheiligten Vorsehung treffen; er muß auch die Einwendungen kennen, die dem Geschäft entgegengesetzt werden

---

a) Man könnte in der That die Prozeßtabellen mancher Gerichte als den wahren Wärme-Messer der Tüchtigkeit und des Eifers dieser Gerichte bei diesem Verwaltungszweig gelten lassen, wenn man keine Gelegenheit hat, die Kälte und Gleichgültigkeit, womit dabei zu Werke gegangen wird, unmittelbar zu empfinden. — Für solche Geschäftspfleger scheint es wirklich noch des Beweises zu bedürfen, daß Prozesse ein Uebel in der bürgerlichen Gesellschaft sind, den der Verfasser des Grabes der Chikane im 1. Th. den Gläubigen und Ungläubigen auf 40. Seiten geliefert hat!

können, mithin als Mann von Rechtstheorie und Praxis sich zeigen. Denn gerade die Erfahrung eines theoretisch gebildeten *a)* Rechtsgelehrten, also

---

a) Das muß er freilich seyn der Praktiker; den rechtswissenschaftlichen Sinn muß jeder besitzen und sich zu erhalten suchen, der einen Richterposten bekleidet, in streitigen Angelegenheiten sowohl als in nichtstreitigen. Leider vergessen dieses so viele ausübende Rechtsgelehrte, und das Leben in der Praxis ist bei einem großen Theile derselben der Tod der Wissenschaftlichkeit. Ohnehin ist der Jurist in Beziehung auf eigentliche gelehrte Bildung nicht im besten Rufe, und wenn es wahr ist, daß „unter allen „Ständen Deutschlands, welche eine Stelle unter den ge„lehrten zu behaupten suchen, zuletzt die Juristen einen „Begriff von humaner Bildung bekommen und in sich dar„gestellt haben" (W. Mejers Anleit. zur Rechtserlernung für Deutsche, die Schul- und Univers. Studien umfassend. Eisenach 1818. S. 19.), so haben wir weiter nicht Ursache, uns zu überheben. Kann man uns aber auch vollends noch vorwerfen, daß wir höchstens Bekenner, nicht Kenner der Jurisprudenz seyen, das heißt also: nicht verstehen, was zu unserm Berufe gehört; so ist es schlimm, und statt daß der Praktiker als Rechtsgelehrter in Theorie und Praxis vollendet erscheinen sollte und könnte, weil bei ihm theoretisches Wissen und Erfahrung zusammenwirken, müssen wir uns von den eigentlich sogenannten d. h. zunftmäßigen Gelehrten gefallen lassen, wenn sie uns in die Reihe wissenschaftlicher Handwerker herabsetzen. — Hat doch noch ganz neuerlich einer jener Gelehrten, „weil es bisher noch keinem Andern eingefallen" (das sagt er selbst), für nöthig erachtet, eine eigene Abhandlung über die Contrakte, welche wir mit den Handwerkern schließen, zu schreiben, und die Praktiker hierüber zu belehren, indem er meint, es möchten unter den praktischen Juristen wohl manche seyn, welche diese so gewöhnlichen Geschäfte des gemeinen Lebens nicht gehörig zu classificiren verständen,

nicht die Praktik eines Routiniers allein, ist hierin die beste Wegweiserin. Erwägt man endlich noch, daß die Parteien sowohl als der regreßpflichtige Richter aus Mangel an Controllen leicht Gefahr laufen können, durch eine zweckwidrige Behandlung dieser Geschäfte schwere Verantwortung auf sich zu laden, während im Prozesse wachsame Anwälte und Oberrichter ein menschliches Versehen, welches überdieß an sich seltener zum Regreßanspruch qualificirt, wieder gut machen können; so bedarf es wohl weiter keiner Rechtfertigung des Standpunktes und Ranges mehr, den dieser Verwaltungszweig in den Augen des erfahrnen Geschäftsmannes einnimmt. Auch mein längeres Verweilen bei diesem Gegenstande wird entschuldigt werden, so lange noch gezweifelt werden darf, ob die vertheidigte Wahrheit nicht bloß anerkannt allein, sondern auch befolgt werde.

§. 5.

Umfang der nichtstreitigen Rechtsgeschäfte.

Zu den nichtstreitigen Rechtsgeschäften, welche, wie wir hiernächst im ersten Kapitel mit mehrerem sehen werden, in vermischte und reinfreiwillige eingetheilt werden, gehören zwar hauptsächlich

die Verträge und letztwilligen Verordnungen;

---

die einen Kauf- mit einem Miethscontrakt, wohl gar (also was noch ärger wäre?) einen Miethscontrakt mit einem Mandat verwechseln. Gesterding's alte u. neue Irrthümer der Rechtsgelehrten. Greifswalde 1818. St. IV. S. 83. — Was für arme Schelme von praktischen Juristen mag Hr. G. hier vor Augen gehabt haben!

es werden aber auch andere Geschäfte hieher gerechnet, welche entweder die Eigenschaft von Verträgen haben,

wie Erbtheilungen und andere Auseinandersetzungen im gütlichen Wege,

oder wobei es überhaupt auf Beglaubigung und Sicherstellung des Verkehrs der Menschen gegen Irrthum und Betrug ankommt, wohin

alle Arten gerichtlicher Zeugnisse, ferner Siegelungen und Inventuren eines Vermögens-Inbegriffs

gehören.

§. 6.

Verwandte Geschäftsgegenstände des richterlichen Amts von nichtstreitiger Natur.

Nahe verwandt mit diesen Rechtsgeschäften, oder mit den Handlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit, ist

die Besorgung und Leitung gewisser Institutionen, womit der Staat vermittelst des Organs der Gerichtsstellen eine besondere Fürsorge für gewisse Personen, Sachen und Verkehrsverhältnisse geltend macht,

nämlich das Vormundschafts- und Hypothekenwesen.

Alle diese hier und im vorigen §. bemerkten Geschäfte werden mit dem gemeinschaftlichen Namen des nichtstreitigen Rechtsverfahrens bezeichnet, und in Deutschland in der Regel von einerlei Behörden verwaltet. Denn die nach Kunstregeln abgemessene Thätigkeit zur Aufrechthaltung des Rechtszu-

standes der Staatsbürger ausserhalb der Sphäre der Handhabung angefochtener Rechte (dem streitigen Prozesse) zeigt sich hier wirksam durch eine eigenthümliche Fürsorge

I.) bei den nichtstreitigen Angelegenheiten der Staatsbürger überhaupt zur sichern Begründung der durch ihr Verkehr entstehenden Privatrechte;

II.) für [illegible] bedürftige;

III.) für d[illegible] nobiliar-Credit der Staatsbürger.

§. 7.

Quellen und Hülfsmittel.

Die Quellen, woraus die Theorie des nichtstreitigen Rechtsverfahrens geschöpft werden muß, sind in Deutschland die hier geltenden gemeinen und Partikular-Rechte; in Beziehung auf die Form und die Manipulationen des Verfahrens aber gewöhnlich nur der Gerichtsbrauch, d. h. die auf einer Art von Uebereinkunft der Gerichte gegründeten Bestimmungen über die Einrichtung gerichtlicher Geschäfte. Es versteht sich von selbst, daß dieser Gerichtsbrauch nur in sofern eine rechtsbeständige Norm abgiebt, als er a) überhaupt vernünftig, dem Wesen der Sache und dem Zwecke des Geschäfts angemessen ist, b) nicht ausdrücklichen Anordnungen der gesetzgebenden oder obersten vollziehenden Gewalt zuwiderläuft, welche von derselben in der Form von Prozeßordnungen, Instruktionen, Reglementar-Verfügungen ꝛc. gegeben worden sind; anders würden die bloß von den Gerichten als nicht gesetzgebenden und nur untergeordnet vollziehenden Stellen gemachten Normen des Verfahrens vom Anfang an zu Recht nicht bestehen. Es darf also z. B. die Form der Auf- oder

Annahme eines gerichtlichen Testaments nicht gesetzlich bestimmt seyn, wenn der Gerichtsbrauch dießfalls eine gültige Norm soll abgeben können.

Zu den Hülfsmitteln gehören, ausser einem fleißigen Studium der Gesetze, nämlich ihrer materiellen Bestimmungen hinsichtlich der Erfordernisse und rechtlichen Folgen eines Geschäfts, als der Grundlage aller zweckmäßigen Wirksamkeit des Rechtsgeschäftsmannes,

1) Beobachtung des Ganges der Geschäfte und des Verfahrens der Gerichtsbehörden mittelst unmittelbarer Anschauung, wenn man dazu Gelegenheit hat. Höchst zweckmäßig ist in dieser Rücksicht die Einrichtung, wo sie besteht, nach welcher jungen Rechtsgelehrten, wenn sie die Universitätsstudien vollendet haben, verstattet, ja sogar als unerläßliche Bedingung ihrer Qualifikation zum Staatsdienste vorgeschrieben ist: eine Zeit lang bei Gerichtsstellen zum Zweck ihrer Ausbildung unter den verschiedenen Benennungen als Praktikanten, Accessisten, Auskultatoren, Referendarien, zu praktiziren *a*).

2) Das Lesen der Akten und die Benützung guter Formularbücher. Zur Auswahl unter den wenigen guten dergleichen Büchern muß sich freilich der Anfänger des Raths eines erfahrnen Praktikers bedienen.

3) Eigene Uebung, wodurch wir nicht nur allmählig das so nothwendige Selbstvertrauen, son-

---

a) Ueber das Bedürfniß dieser Vorbereitungs-Praxis und deren zweckmäßige Einrichtung vergl. man meine Schrift: der Geschäftsmann in Gegenständen der öffentl. u. Privatrechts-Praxis. Erlangen 1818. gr. 8. Einleit. §. 1. ff.

dern auch jene Taktfestigkeit uns zu eigen machen, die eben den tüchtigen Geschäftsmann zu erkennen giebt. Auch bewirkt längere Uebung und eine gewisse Aehnlichkeit der Geschäfte mit einander eine eigenthümliche Norm der sachgemäßen Behandlung, die man Geschäfts-Analogismus nennen könnte, und die bei aller Neuheit eines Geschäfts dem Praktiker zum zuverläßigen Wegweiser dient.

4) Kenntniß der Geschäfte des bürgerlichen Lebens und der Formen des Verkehrs. Je reicher seine Erfahrung hierin ist, desto zweckmäßiger wird der Geschäftsmann wirken. Mit der gründlichsten Kenntniß aller Gesetztitel und Commentarien de locatione et conductione wird der Richter, der nicht weiß, wie eigentlich bei der Verpachtung eines Landguts, bei dessen Uebergabe und Veranschlagung zu Werke gegangen wird, oft in Verlegenheit seyn, wenn er einen dergleichen Vertrag aufnehmen, die Uebergabe dirigiren soll. Ueberhaupt werden ihm einige technische Kenntnisse in Gegenständen des Handels nnd der Gewerbe oft mehr zu Statten kommen als ein Wust von spekulativem Wissen neben einer Leere in den Erfahrungen des täglichen Lebens.

5) Kenntniß der Literatur, vornämlich aber

6) genaue Bekanntschaft mit der Muttersprache. Leider ist die Sprache noch bei gar sehr vielen Geschäftsmännern ein gar sehr unangebautes Feld! Neben der Lektüre der deutschen, und was die Bildung des Geschmacks im Styl überhaupt betrifft, auch der Classiker in andern Sprachen, so wie der als vorzüglich anerkannten geschäftsstylistischen Schriften kann für das deutsche Sprachstudium empfohlen werden:

Mehrere Sprachlehren und andere Schriften, die ich in der vorhin (S. 14. Note) allegirten Schrift — auf die ich mich überhaupt der Kürze wegen auch in diesem Punkte bezogen haben will — S. 128 und 158. angeführt habe; ausser denselben kann man noch bemerken:

Th. Heinsius neue deutsche Sprachlehre, besonders zum Gebrauch in Schulen und zur Selbstbelehrung eingerichtet. 3. Ausg. 1817. 3 Thle. 8.

G. Reinbeck's Handb. der Sprachwissenschaft mit besonderer Hinsicht auf die deutsche Sprache. Essen 1813—1817. 2 Thle. 8.

J. D. F. Rumpf's der Geschäftsstyl in Amts- u. Privatvorträgen ꝛc. Berl. 1817. 8.

F. R. S. Riedel der Wiener Sekretär auf alle Fälle für das gemeine Leben. 12te Auflage. Wien 1815. 8.

Wörterbücher:

Ausser den bekannten großen Werken von Adelung und Campe,

E. F. C. Oertel's gemeinnütziges Wörterbuch zur Erklärung und Verdeutschung der im gemeinen Leben vorkommenden fremden Ausdrücke ꝛc. 3te Aufl. Ansb. 1816. 2 Bde. 8.

J. D. F. Rumpf's vollst. Wörterbuch zur Verdeutschung der in unsere Schrift- u. Umgangssprache eingeschlichenen fremden Ausdrücke ꝛc. 2te Ausg. Berl. 1813. 8.

J. C. Vollbeding's gemeinnütziges Wörterbuch ꝛc. 2te Aufl. 1819. 8.

Th.

Th. Heinsius volksthümliches Wörterbuch der deutschen Sprache ꝛc. Hannov. 1818. 1819. 1r Th. A—E. 2r Th. F—K. gr. 8.

J. A. Eberhard's Versuch einer allg. deutschen Synonymik in einem kritisch philos. Wörterbuche der sinnverwandten Wörter der hochdeutschen Mundart. 2te Aufl. Halle 1820. 4. Bd. 8.

Desselben synon. Handwörterbuch der deutschen Sprache ꝛc. 3te Aufl. Berl. 1814. 8. (Ein Buch, das auf dem Schreibtische keines Geschäftsmannes fehlen sollte, dem um Präcision des Ausdrucks zu thun ist.)

§. 8.

Plan dieser Schrift nebst einigen Bemerkungen über deutsche Justizreformation.

Nach den im vorletzten §. angegebenen verschiedenen Beziehungen der Rechtsfürsorge soll in dieser Schrift gehandelt werden:

im ersten Theile von der richterlichen Behandlung der Rechtsgeschäfte, und zwar nach allgemeinen Regeln des Verfahrens, anwendbar auf alle und jede dergleichen Geschäfte;

im zweiten Theile von besondern Regeln des Verfahrens nach der rechtlichen Eigenheit der einzelnen Rechtsgeschäfte; ferner von der Verwaltung des Vormundschafts- und des Hypothekenwesens. —

Zum Schlusse dieser Einleitung noch einige Worte zur Rechtfertigung der Anlage dieser Schrift und der scheinbar etwas altmodischen Tendenz derselben. Warum in unsern Tagen, wird mancher einwenden, von Geschäften der nichtstreitigen Gerichtsbarkeit als von

Attributen des richterlichen Amts, zu einer Zeit, wo alles dahin strebt, die streitigen und nichtstreitigen Sachen in der Rechtspflege zu trennen? Allein ich habe schon vorhin (§. 3. am Ende) erinnert, daß die hier aufgestellten Grundsätze von dem subjektiven Verwaltungs-Organismus unabhängig sind, und so glaube ich denn auch, daß diese Schrift selbst dann nicht überflüssig seyn wird, wenn, in Folge des Strebens unserer Zeit nach bessern Verfassungen, auch unserer Justizverfassung eine Reform bevorstünde. Ob indessen in Deutschland überhaupt eine andere, das Bisherige von Grund aus abändernde Einrichtung im Justizwesen, ob namentlich die Trennung der streitigen und nichtstreitigen Sachen in dem Organismus der Rechtspflege schlechterdings nothwendig, ja nur rathsam ist, darüber habe ich meine bescheidene Meinung gelegenheitlich anderwärts *a*) geäussert, welche aus den dort angeführten Gründen dahin geht, daß diese Trennung nicht unumgänglich nothwendig, und wo sie neuerdings statt finden solle (denn wo sie einmal besteht, soll man sie doch ja lassen!), nur mit Behutsamkeit zu realisiren sey. Trefflich ist die justizhierarchische Einrichtung in Frankreich; niemand wird das verkennen. Das Schwert des Eroberers hat sie uns nicht aufgedrungen; da, wo wir frei wählen können, thun wir recht und vernünftig, wenn wir das anerkannt Bessere uns zueignen, nachdem wir ohne Vorurtheil geprüft haben, wohl zu merken, — nicht bloß die Güte des fremden Gewächses, sondern auch die Empfänglichkeit unseres Bo-

---

a) in der Schrift über die Grenzen des Richteramts in bürgerl. Rechtssachen. Nürnberg 1819. 8. Abschn. VI. S. 154. ff.

dens dafür. In der That scheint jene Justizverfassung vor der Hand nur für Frankreichs Boden zu seyn. Dort erscheint sie uns als das Produkt eigenthümlicher, der nationalen Entwickelung überhaupt günstiger Ereignisse; ihre Ausbildung ist unter Einwirkung, klimatischer Vorzüge möchte ich sagen, zur Reife gediehen; Eigenthümlichkeiten, die der Verpflanzung auf deutschen Boden eben nicht sehr zusagen. Auf der heimathlichen Erde konnten gewisse hauptsächlich schädlich einfließende Verhältnisse nicht wirksam und gleich der moderigen Luft alter Burgen und Archive dem frischen Leben der edeln Pflanze nicht tödtlich werden, weil alles neu geworden, die Justizverfassung gleichsam mit der Nation zugleich geboren wurde, und so der Geist des Volks und der seiner Institutionen einer und derselbe wurde. Das alles ist bey uns in Deutschland anders. Können wir uns doch nicht einmal noch daran gewöhnen, von dem Institute der Notaires und Greffiers gewisse erbärmliche Vorstellungen von kaiserlichen Notarien, wie wir sie unter uns gesehen, und von Amtsschreibern wegzudenken, oder mit dem Begriff eines Huissier nicht den eines Gerichtsdieners zu verbinden! Ueberhaupt wir kleben viel zu sehr an gewissen Vorstellungen und möchten vor überzarter Scheu gegen vermeintlich wohlerworbene Rechte gern Altes und Neues, Einheimisches und Fremdes zusammen aufnehmen; das Neue und Fremde, weil wir denn doch nicht blind gegen fremde Vorzüge sind, das Alte aber aus Anhänglichkeit gegen den Erzvater aller Deutschen Herkommann. Wie wollen wir nun, nachdem wir unter andern eine Patrimonialjustiz in mehrern deutschen Ländern verfassungsmäßig eingeführt haben, jene fremden Institutionen nebenher einführen? — Wir werden, was man dem Deutschen von jeher vorgeworfen

hat, nachahmen, aber wir werden, wenn wir den Boden nicht vorher reinigen, worein wir das exotische Gewächs setzen wollen, nicht viel Gedeihliches uns versprechen dürfen, sondern Unvollkommenes, aber doch Einheimisches, gegen Unvollkommenes vertauschen, das uns überdieß fremd ist.

Erster Theil.

Von

der richterlichen Behandlung der Rechtsgeschäfte,

oder

dem Verfahren bei den Handlungen der nichtstreitigen Gerichtsbarkeit im Allgemeinen.

Literatur.

S. *Stryk* de cautelis contract. necess.

Idem de cautelis testamentorum.

Lp. Fr. Fredersdorf's Anweisung für angehende Justizbeamte und Unterrichter. Lemgo 1772 bis 1774. 3 Thle. 4.

J. Claproth's theor. pr. Rechtswissensch. von freiwilligen Gerichtshandlungen. Gött. 1789. 8. (Dritte oder deutsche Ausg. der primae lineae jurispr. extrajud. theor. pract.)

Ebendess. Rechtswiss. von richtiger und vorsicht. Eingehung der Verträge und Contr. (jurispr. heur.) 2 Thle. 8. 4te Aufl. Gött. 1797. 98.

Desselben Werks 3ter Th. von Testamenten, Codicillen, Vermächtnissen und Fidei-Commissen. Gött. 1792. 8.

(von Trützschler's) Anweisung zu vorsicht. und förml. Abfassung rechtl. Aufsätze, insonderheit über Handlungen der willkührl. Gerichtsbarkeit. 4te Aufl. Leipz. 1801. 2 Thle. 8. (Wohl immer noch das brauchbarste, wenn gleich eben nicht gut geordnet und durch unnütze Wiederholungen erweitert.)

(K. F. von Benekendorf's) Grab der Chicane ꝛc. Berl. 1781 — 1785. 3 Bände, der letzte in 2 Theilen, 8. (Ein Muster von Weitschweifigkeit und Salbaderei.)

Heinr. Kuppermann's Versuch eines prakt. Handb. für Notarien, Sachwalter u. Gerichts-

Aktuarien. Leipz. 1789—97. 3 Thle in 6 Bdn. (Ein bloßes, überdieß weitschweifiges Formularbuch.)

C. G. Gmelin von Aufsätzen über Verträge überhaupt, von Schuld- u. Pfandverschreibungen ꝛc. insbesondere. Tübingen 1790. 8.

J. C. König's Formularbuch für aussergerichtl. Handlungen und freiwillige Gerichtshandlungen, 3te Aufl. Nürnb. 1817. 8.

R. F. Terlinden's Vers. einer praktischen Anleit. zum Decretiren und Expediren in unstreitigen Rechtsgeschäften ꝛc. nach den Grundsätzen der neuern preuss. Gesetze (3r Th. der Anleit. z. Decretiren ꝛc.) Halle 1795. 8.

C. L. Frh. von Leonrod von dem Verfahren bei den Handl. der freiwilligen Gerichtsb. Nürnb. 1817. 8. (Nur einige Bogen.)

Kaulfuß prakt. Anleit. zu Geschäften der freiwill. Gerichtsbarkeit in den preuss. Staaten ꝛc. Posen u. Leipz. 1819. 8. (Ein bloßes Formularbuch mit Anmerkungen, die auf die treffenden Stellen der preuss. Gesetze sich beziehen, und da, wo diese gelten, gut brauchbar.)

Erstes Kapitel.

Eintheilung der Rechtsgeschäfte in vermischte und reinfreiwillige.

§. 9.

Grund dieser Eintheilung; Motive und verschiedene Beziehungen der richterlichen Mitwirkung.

Ehe die Grundsätze des Verfahrens erörtert werden, müssen wir diejenige Eigenschaft der Rechtsgeschäfte näher betrachten, nach welcher sie in vermischte (actus volunt. jurisd. mixtae) und reinfreiwillige (actus v. j. merae) eingetheilt werden. Der Grund dieser Eintheilung liegt in dem Zwangsverhältnisse zwischen den Interessenten des Geschäfts und dem Richter, nämlich in der mehrern oder mindern Abhängigkeit der erstern von dem richterlichen Amte und in dem Umfange dieser Amtsgewalt. Bei der erstern Art von Geschäften müssen die Betheiligten den Richter angehen, bei der letztern können sie es; bei den erstern müssen sie sich seinen Anordnungen auch in Beziehung auf den materiellen Theil ihres Geschäfts unterwerfen, ihm also selbst auf ihre Willensbestimmung einen Einfluß zugestehen, bei den letztern ist dieß nicht der Fall.

Es ist von großem Einflusse auf die richtige Haltung des ganzen Systems des Verfahrens in den nichtstreitigen Angelegenheiten, die Grundsätze der richterlichen Einwirkung in die friedlichen Geschäfte der Staatsbürger, also in ein an sich freies und unabhängiges Verkehr richtig aufzufassen. Es muß daher hier etwas verweilt und

1) auf das Prinzip der Eintheilung und seine Motive,

2) auf die Art und Weise der richterlichen Mitwirkung

die Aufmerksamkeit gerichtet werden.

Nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen ist die Freiheit des Menschen, in seinem Rechtszustande Veränderungen zu wirken, der Regel nach unbeschränkt, mithin auch die Befugniß, Rechtsgeschäfte d. h. Willenshandlungen zur Begründung von rechtlichen Verhältnissen vorzunehmen. Allein indem die positive Gesetzgebung diese Freiheit wie billig in Schutz nimmt, liegt es ausser ihrer Macht, zugleich zu bewirken, daß alle, die davon Gebrauch machen, und unter allen Verhältnissen auch im Stande seyen, dieselbe recht zu gebrauchen; und eben so wenig kann sie bewirken, daß jeder, der ein Rechtsgeschäft unternimmt, auch die Fähigkeit habe, den Forderungen der Zuverlässigkeit und Gewißheit einer Willenserklärung für sich selbst zu genügen, also daß das Produkt der ungehinderten Willkühr nicht zugleich das Schicksal der Regellosigkeit habe und somit den Keim der Hinfälligkeit schon in seiner Entstehung entwickele. Von dem deßfallsigen Hindernisse ausgehend, erkennt daher sowohl das Vernunft- als das positive Recht Gründe der Beschränkung jener Freiheit, und so ordnen denn die positiven Gesetze,

nach dem Grundsatze der polizeilichen Fürsorge des Staats für die Hülfs- und Schutzbedürftigen im weitesten Sinne des Worts, bei gewissen Rechtsgeschäften die richterliche Mitwirkung an, und zwar

α) bald selbst in Beziehung auf die Willensbestimmung, so daß diese Mitwirkung deren

Ergänzung, wiefern dieselbe mangelhaft ist, zum Gegenstande hat;

β) bald bloß in Beziehung auf die Willensäusserung und deren Gewißheit.

Hieraus entstehen zwei Classen von Rechtsgeschäften:

A) solche, wo die Mitwirkung des Richters auf Ergänzung einer mangelhaften Willensbestimmung abzielt, also selbst in dem materiellen Theile der Willenshandlung wirksam sich äussert, — die vermischtfreiwilligen Rechtsgeschäfte —;

B) solche, wo die richterliche Mitwirkung nur die Gewißheit und Zuverlässigkeit des Geschäfts und die dahin abzielende Form bezweckt, diese sey nun a) von dem Gesetz als Bedingung der Gültigkeit des Geschäfts vorgeschrieben (Sollennitäten), oder b) nur des Beweises wegen angeordnet, — die reinfreiwilligen Rechtsgeschäfte. —

Das oberste Merkmal der Nothwendigkeit der richterlichen *a*) Mitwirkung liegt also in einem

Hindernisse der handelnden Individuen, ihre Willkühr so zu äussern, wie es die Rechtsbeständigkeit dessen, was Produkt dieser Willkühr werden soll, fordert,

und der Zweck dieser Mitwirkung ist: Entfernung dieses Hindernisses. Dieses Hinderniß, oder der Mangel der zur zweckmäßigen (legalen und zu-

---

a) Es muß hier noch einmal bemerkt werden, daß alles, was in dieser Abhandlung von der richterlichen Concurrenz zu den Geschäften der Staatsbürger und ihren Grenzen gesagt wird, auf diejenige Behörde überhaupt Anwendung findet, welcher nach Verschiedenheit der Justizverfassung dasjenige obliegt, was hier als Attribution der richterlichen Gewalt angenommen wird.

verläßigen) Behandlung des Geschäfts erforderlichen Eigenschaften, ist bei gewissen Individuen und Verkehrsverhältnissen durch das Gesetz ausgesprochen, indem dieses gewisse Rechtsgeschäfte bezeichnet hat, wobei die richterliche Einwirkung absolut nothwendig seyn soll, (die Fälle auf A). Bei den übrigen hat es den Betheiligten die Wahl gelassen, ob sie sich getrauen, das Geschäft selbst vorzunehmen, oder ob sie die richterliche Beihülfe dazu suchen wollen, (die Fälle auf B). Zwar kann auch hier, bei den reinfreiwilligen Rechtsgeschäften, die richterliche Mitwirkung nothwendig seyn, wenn nämlich von der Form die Gültigkeit des Geschäfts abhängt (B a). Sie ist indessen (nach gemeinen Rechten wenigstens und, wie überall, abgesehen von partikulären Gesetzgebungen) hier nur hypothetisch nothwendig, nicht absolut, sofern als die Handlung, z. B. die Testamentifaktion, auch ausssergerichtlich geschehen kann. Bei den Geschäften der zweiten Art (auf B) liegt also der Mangel nur in der individuellen Vorstellung der Interessenten, daß sie für sich selbst den Erfordernissen der Legalität und Glaubwürdigkeit nicht gewachsen seyen. Hier wählt daher die Willkühr der Betheiligten zwischen der Unbequemlichkeit, ihre Sache vor den Richter zu bringen, und den besorglichen nachtheiligen Folgen einer mangelhaften aussergerichtlichen Errichtung des Geschäfts. Während bei den Geschäften auf A. keine Wahl statt findet, den Richter anzugehen oder nicht, ist hier die Freiheit der Partei durch nichts beschränkt, wohl zu merken jedoch: nur die Freiheit, den Richter anzugehen oder nicht; denn hat die Partei einmal das Erstere gewählt, so muß sie sich auch allen den Bedingungen unterwerfen, unter welchen allein das richterliche Amt für seinen Zweck, der auch der Zweck

der Parteien ist und seyn muß, wirken kann; mit andern Worten: sie muß sich gefallen lassen, daß der Richter nach den Regeln seiner Kunst verfährt und ihr, der Partei, namentlich in dem, was zur Fo... gehört, keine oder nur eine untergeordnete Stimme läßt.

Indessen ist es in allen Fällen nicht die eigene Sache des Richters, die er hier verwaltet und worüber er verfügt. Selbst z. B. das Pupillengut, welches veräussert werden soll, ist ja Eigenthum des Pupillen, nicht des Richters, und jener hat überdieß einen gesetzlichen Vertreter und Repräsentanten in der Person seines Vormundes. Es ist also selbst bei den vermischten Rechtsgeschäften das richterliche Amt mehr negativ (auf Entfernung von Hindernissen der Rechtsfreiheit) als positiv (in die vermöge dieser Rechtsfreiheit beliebig getroffene Verfügung einwirkend) thätig; noch mehr ist dieß bei den reinfreiwilligen Rechtsgeschäften der Fall. — Aus dem Bisherigen folgt denn,

a) daß die richterliche Mitwirkung nur in gewissen Fällen, mithin ausnahmsweise als nothwendig gesetzlich vorgeschrieben ist;

b) daß sie da, wo diese Nothwendigkeit nicht statt findet (bei den act. vol. jur. merae), auch nur nach der reinen Willkühr dieser Betheiligten eintritt;

c) daß sie nicht weiter wirksam werden kann, als es ihre Veranlassung mit sich bringt, mithin in dem erreichten Zwecke des Gesetzes und beziehungsweise der Privatwillkühr ihre Grenze findet;

d) daß zwar der Richter sich mehr negativ als positiv thätig zu verhalten hat, immer jedoch thätig, soweit es dem Zwecke seiner durch das Gesetz oder die Privatwillkühr angesprochenen Wirksamkeit,

seinem Standpunkte gemäß und nach den Regeln seiner Kunst, gilt, niemals bloß leidend.

§. 10.

Fortsetzung.

Was die vermischten Rechtsgeschäfte anlangt, so ordnen die Gesetze die richterliche Koncurrenz als nothwendig an und verpflichten die Parteien ein Geschäft vor Gericht vorzunehmen und dessen richterliche Bestätigung nach vorgängiger Prüfung (causae cognitio) zu erwirken — es mag übrigens das Geschäft aussergerichtlich unter ihnen erst vorläufig behandelt (traktirt), oder nur in einigen Punkten (Punktation) oder vollständig abgemacht seyn, — aus Gründen, welche

1) in der Person der Betheiligten,
2) in dem Gegenstande des Rechtsgeschäfts,
3) in dem Interesse Dritter

liegen. Dort (auf 1) und 2) ist es das Interesse der handelnden Individuen, hier (auf 3) das des Dritten, welches der Richter besonders wahrzunehmen hat. Man wird bei der Anwendung bald sehen, daß bei einer und derselben Angelegenheit alle diese Gründe der richterlichen Theilnahme zusammentreffen können; sie sind aber auch schon einzeln ressortbestimmend.

Demnach kann

1) ein natürlicher oder bürgerlicher Mangel an der persönlichen Fähigkeit eines oder (wo nach Beschaffenheit des Geschäfts Mehrere das Rechtsgeschäfts-Subjekt ausmachen) aller Theilhaber Veranlassung zur richterlichen Mitwirkung werden. Hier soll nämlich der Richter die ihm anvertraute Gewalt durch eine eigen-

thümliche Fürsorge für das Beste einer solchen Partei geltend machen. Er soll sich gewissermassen an ihre Stelle versetzen, und das aus Pflicht seines Amts beobachten, wovon vernünftiger Weise anzunehmen ist, daß es die Partei aus Gründen ihres Interesse beobachtet haben würde, wenn nicht jenes Hinderniß der persönlichen Unfähigkeit einträte. Dieß ist also der Fall namentlich da, wo Pflegebedürftige betheiligt sind, und der Gegenstand von der Art ist, daß die eigentliche vormundschaftliche Mitwirkung (auctoritas oder consensus) nicht hinreicht. Quae partibus desunt, judex suppleat!

2) Auch der Gegenstand des Geschäfts kann diese richterliche Mitwirkung nothwendig machen, wie bei Verträgen über das Eigenthum, die Belastung oder Verpfändung unbeweglicher Güter. Die Wichtigkeit dieses Verkehrszweigs, nämlich die Gewißheit des unbeweglichen Eigenthums und seiner Belastung, erheischt eine besondere Aeusserung der Staatsfürsorge, und es ist eben um deßwillen, zunächst aber zum Besten der unmittelbaren Betheiligten, die Vollkommenheit dieser Geschäfte abhängig gemacht von der Vormerkung und Eintragung in die Gerichtsbücher.

3) Endlich giebt es Geschäfte, wobei neben dem individuellen Interesse der das Verkehr vornehmenden Personen auch das allgemeine der bürgerlichen Gesellschaft, es sey nun stärker oder schwächer, in Berührung kommt, und wobei also die Willkühr der zunächst Betheiligten nicht allein freies Spiel haben kann. So wie jedes Geschäft, wodurch Rechte und Verbindlichkeiten gewirkt werden sollen, die Mitwirkung aller Betheiligten voraussetzt, so muß hier die Fürsorge der Staatsgewalt mittelst des Richters für das Beste der unbekannten Interessenten eintreten. Denn machte man z. B. die Gül-

tigkeit eines Vertrags über künftige Unterhaltsbeiträge nur von dem übereinstimmenden Willen der Vertragschließenden abhängig, so würde es dem Eigennutze oft ein leichtes Spiel seyn, leichtsinnige, nur augenblickliche Bedürfnisse erwägende Alimentationsberechtigte zu Verpflichtungen zu verleiten, wodurch sie in der Folge in die Lage kommen könnten, von dem gemeinen Wesen die Mittel ihres Unterhalts zu suchen. Eben so liegt der öffentlichen Fürsorge auch daran, daß das häusliche und Familien-Wohl erhalten und daß besonders die Mittel für die Erreichung der Zwecke des Ehestandes nicht verschleudert werden. Wenn daher die Gesetze die Veräusserung von Dotalstücken nur ausnahmsweise gestatten, so bestimmen sie zugleich, daß die Fälle, wo eine solche Ausnahme eintreten solle, von dem Richter mit Umsicht und mit derjenigen Unbefangenheit gewürdigt werden, die man nur ihm zutraut, weil er durch kein einseitiges Interesse verhindert ist, alle Verhältnisse genau abzuwägen.

Es versteht sich übrigens von selbst, daß das hier unter 1—3 Gesagte nur von Motiven ausdrücklicher gesetzlicher Bestimmungen gilt, und daß es bloß zu deren Erklärung, keineswegs aber zur Rechtfertigung einer vermeintlich analogischen Anwendung auf andere Fälle dienen kann, indem es nur der gesetzgebenden Gewalt vorbehalten ist, die Freiheit der Staatsbürger durch Modifikationen ihres Verkehrs zu beschränken. Eben deßwegen muß denn auch die Vermuthung im Zweifel für reinfreiwillige Rechtsgeschäfte gelten *a*).

§. 11.

---

a) Anderer Meinung ist von Trützschler in der Anweis. zur vors. Abfass. rechtl. Aufsätze ꝛc. I. Th. S. 8. §. 7.

§. 11.

Erfordernisse des Verfahrens im Allgemeinen.

Wir werden hiernächst (§. 20.) diejenigen Geschäfte, welche zu ihrer Rechtsbeständigkeit der richterlichen Concurrenz nothwendig bedürfen, näher kennen lernen. Hier wollen wir uns mit der Art und Weise, wie diese richterliche Mitwirkung zweckmäßig sich äussert, oder wie jene Geschäfte ordnungsmäßig instruirt werden, beschäftigen. Es können jedoch hier und in dem folgenden Kapitel nur einstweilen die Grundlinien des Verfahrens gezeichnet werden.

Unter der Instruktion eines Rechtsgeschäfts durch den Richter versteht man

die Untersuchung faktischer Verhältnisse, wiefern sie als Bedingungen der gesetzmäßigen Vollständigkeit eines Rechtsgeschäfts in subjektiver und objektiver Beziehung erscheinen, — verbunden mit der Anordnung dessen, wodurch diesen Bedingungen genügt wird.

Diese Instruktion tritt bei allen und jeden Geschäften ein, die den Gegenstand des nichtstreitigen Rechtsverfahrens ausmachen, also auch bei den reinfreiwilligen, mit dem aus der Natur der Sache sich von selbst ergebenden Unterschiede, daß bei den letztern nur eine beschränktere Befugniß des Richteramts Statt findet. Hier haben wir es zunächst nur mit vermischtfreiwilligen Geschäften zu thun.

Man wird, hat man die Idee von der richterlichen Mitwirkung zu dieser Art des Verkehrs der Privaten richtig aufgefaßt, sogleich rücksichtlich der Forderungen an die gehörige Geltendmachung dieser Mitwirkung klar sehen. Es ergiebt sich nämlich

1) daß in der Regel hier nur der ordentliche Richter der Person oder Sache zweckmäßig verfährt,

weil es hierbei theils auf die Kenntniß von Verhältnissen ankommt, die man billiger Weise nur von ihm vollständig erwarten kann, theils auf nothwendige Bedingungen der Geschäftsführung selbst, wie bei dem Realrichter auf den Besitz der Grundbücher.

II) Wenn die Absicht des Gesetzes erreicht werden soll, so ist es nicht genug, daß die Handlung dem Richter bloß angezeigt (vor ihm verlautbart, ad acta insinuirt) und sodann ohne weiters und gleichsam nur auf gerathewohl von ihm für gültig erkannt oder bestätigt werde. Hier würde der Richter nichts thun, als hören und abschreiben, was ihm vorgesagt oder schriftlich übergeben wird, und die Bestätigungs-Clausel würde nur den Werth jeder andern zweck- und gedankenlos gebrauchten Formel haben. Der Richter muß also mehr thun, er muß

a) in subjektiver und objektiver Hinsicht prüfen, sowohl die Wirklichkeit der Willensäusserung, als deren Möglichkeit, also: ob das Geschäft auf die angegebene Weise wirklich zu Stande gekommen sey und mit rechtlicher Gültigkeit zu Stande kommen konnte; er muß ferner

b) die Hindernisse der freien Verkehrsthätigkeit von den Handelnden entfernen, also die dahin abzielenden Anordnungen machen; endlich

c) erwarten die Parteien von ihm auch eine Erklärung, daß die Erfordernisse der Gültigkeit des Geschäfts beobachtet worden, was man die Bestätigung heißt; so daß sich also hier und in ihrer Art auch in der vorhergehenden Beziehung (auf b) die Thätigkeit des Richters entscheidend äussert, nämlich durch die Fassung des Beschlusses: daß zur Vollständigkeit des Geschäfts nichts mehr fehle, oder was etwa noch daran fehle, und wie diesem Mangel abzuhelfen sey.

Diese Untersuchung der Sache (causae cognitio) und die darauf gebaute Beschlußfassung (decisio) sind demnach wesentliche Erfordernisse der richterlichen Mitwirkung.

§. 12.

Zweck und Modalitäten dieser Untersuchung.

Die Untersuchung der Verhältnisse eines Rechtsgeschäfts sowohl in Beziehung auf die handelnden Individuen, als auf den Gegenstand und die Modalitäten der Handlung kann nach einer zweifachen Richtung gedacht werden:

I) indem sie sich bloß auf die Wirklichkeit oder die Gewißheit einer Willenshandlung, also schlechthin auf die Erörterung der Frage beschränkt:

was ist unter den Parteien festgesetzt worden?

II) indem sie sich zugleich auf die Möglichkeit einer so gestalteten Willensäusserung von Seiten der rechtlichen Zulässigkeit sowohl als der Zweckmäßigkeit verbreitet, also die Frage untersucht:

konnte das, was festgesetzt worden, rechtlich und zugleich zweckmäßig festgesetzt werden?

Wir wollen beiderlei Richtungen etwas näher betrachten.

§. 13.

Fortsetzung; in Beziehung I) auf die Wirklichkeit der Willenshandlung.

Es bedarf keiner weitern Erklärung, daß der Richter, da er keine leblose Maschine ist, bei keinem Geschäfte, wo er, sey es auch nur der Beglaubigung wegen (in den Fällen §. 9. B.) thätig ist, sich schlechthin leidend verhalten dürfe. Also nicht bloß

die vermischtfreiwilligen, sondern auch die reinfreiwilligen Rechtsgeschäfte fordern diese Art der Untersuchung. Der Richter darf nämlich auch bei den letztern nicht zugeben, daß offenbar nichtige oder wohl gar auf rechtswidrige Benachtheiligung eines Dritten abzielende Geschäfte unter seiner Auktorität verhandelt, und so dem Zwecke der Bestellung des Richteramts entgegengehandelt werde, gesetzt auch, daß die Parteien mit voller Freiheit in Bezug auf ihre Person und den Gegenstand handelten. Bei jedem Geschäfte, sey es auch nur eine simple Erklärung, ein Vertrag, der seinem Gegenstande nach überhaupt keiner gerichtlichen Vollziehung bedarf, muß also der Richter in gewisser Art eine Untersuchung anstellen, ob das Geschäft wenigstens die rechtlichen Erfordernisse habe, die zu seiner äussern oder formellen Rechtsbeständigkeit vorausgesetzt werden, damit seine Mitwirkung nicht eine eitle Ceremonie sey. Er muß also nicht nur nach der persönlichen Eigenschaft der Handelnden, ihrer Identität und Vertragsfähigkeit überhaupt fragen, auch nicht bloß darnach, was ihm zur Erkennung, also richtigen Niederschreibung ihrer wahren Willensmeinung vernünftiger Weise erforderlich scheinen kann: er muß überhaupt nach den Verhältnissen sich erkundigen, wodurch im Allgemeinen die Zulässigkeit des Geschäfts bedingt ist, und, wie also Einwendungen gegen dessen Gültigkeit beseitigt werden können, Fürsorge treffen. Wollen sich die Parteien dieses nicht gefallen lassen, wollen sie hierin einen lästigen Zwang finden; so mögen sie ihren Handel aussergerichtlich abmachen, und die Gerichte damit verschonen. — Es darf indessen diese Untersuchung auf keine Weise die ihr durch das Verhältniß zwischen Richter und Partei von selbst bestimmten Grenzen

überschreiten, und der Richter wird sich daher hüten, in Sachverhältnisse eindringen zu wollen, deren Kenntniß durch den Zweck seiner Wirksamkeit bei dieser Art von Rechtsgeschäften nicht geboten ist. Der Richter wird also, wenn er von dem A. eine Quittung für den B. über 1000 fl. zum Protokoll aufnehmen soll, nächst den persönlichen Fragen an den A. fragen: ob er wirklich die Absicht habe, zu bekennen, daß er die 1000 fl. an B. nicht mehr zu fordern habe? allenfalls mit der Belehrung über die Folgen einer gerichtlichen Quittung; er hat aber nicht darnach zu fragen: ob ihm wirklich? dann auf welche Art? die 1000 fl. von dem B. bezahlt worden, und ob es also seinem wohlverstandenen Interesse gemäß sey, zu quittiren. Denn das geht den Richter nichts an, weil er ja dem A. nicht wehren könnte, den B. seines Schuldverbandes quitt zu erklären, ohne einen Kreuzer von ihm erhalten zu haben. Wollte aber der A. dem B. nur mit Vorbehalt seiner Zuständigkeiten rücksichtlich der Forderung quittiren, oder durch ähnliche Vorbehalte oder Reticenzen das Geschäft vereiteln und zweideutig machen; so würde der Richter ihn mit seiner zwecklosen Handlung billig abweisen. Noch weniger würde er bei einer Verabredung gleichgültig bleiben dürfen, welche die Täuschung eines Dritten bezweckte, oder wenigstens dazu gemißbraucht werden könnte. Er würde vielmehr hier seine Auktorität und Geschäftsgewandtheit zur Verhinderung der nachtheiligen Folgen geltend zu machen verpflichtet seyn. Dieß gilt namentlich von allen Scheingeschäften, weßhalb sich zwar die Contrahenten unter sich durch Reverse und dergl. sicherstellen, jedoch eine rechtswidrige Täuschung Dritter nicht verhindert ist. Wir werden in der Folge (V. Kapitel) auf diese

Materie von Simulationen zurückkommen. — Das Verkehr muß also immer so eingerichtet seyn, daß nicht nur alle Ungewißheit und mögliche Irrung zwischen den Contrahenten selbst beseitigt wird, sondern daß auch dasselbe nicht zur Verleitung eines Dritten gemißbraucht werden kann. Diese Vorsicht ist vornämlich bei allen Privativ-Novationen zu beobachten. Wird also an einer Obligation zu deren Verminderung etwas verändert, so muß dieses aus dem Haupt-Instrumente für Jedermann ersichtlich seyn, und es ist nicht genug, wenn über die Novation z. B. die Veränderung in der Hypothek, die Entlassung des Bürgen ꝛc. eine besondere Urkunde zur Vergewisserung des Obligations-Verhältnisses zwischen dem Gläubiger und Schuldner verfaßt wird. Denn würde ein Dritter verleitet, nach Ansicht des unveränderten Obligations-Instruments die frühere Verbindlichkeit als noch unverändert bestehend anzunehmen, so würde ihm dieß zwar in sofern nicht nachtheilig seyn, als ihm das abgetretene Recht in der angenommenen Beschaffenheit oder im schlimmsten Falle der Regreß an seinen Autor vorbehalten bliebe; es wäre indessen offenbar widersinnig, es auch nur auf einen Prozeß ankommen zu lassen, da, wo demselben durch Beobachtung einer einfachen Cautel vorgebeugt werden kann, nämlich durch einen simpeln Vormerk auf dem novirten Obligations-Instrumente selbst. Oft möchte es aber mit der Unannehmlichkeit des Regreß-Prozesses allein nicht einmal abgethan seyn. Daß auch abgesehen von der möglichen Gefährdung eines Dritten die Contrahenten selbst in eine sehr mißliche, wenigstens prekäre Lage versetzt werden, wenn bei dergleichen Geschäften ohne die nöthige Behutsamkeit verfahren wird, fällt in die Augen. Dieß allein schon rechtfertigt aber den Richter, wenn er den Parteien

nicht durchaus freies Spiel gestattet (Seite 28.), ja es verpflichtet ihn sogar, besonders wenn er mit geschäftsunerfahrnen Leuten zu thun hat, in dem, was Bedingung der ordnungsmäßigen Behandlung ist, thätig einzugreifen, und ein zu indifferentes Verhalten könnte ihn leicht selbst regreßpflichtig machen.

Dieß wäre denn die eine Art der causae cognitio, wenn man sie so nennen will, sofern als sie überhaupt nur die Thätigkeit des Richters nach allgemeinen Forderungen seiner Wirksamkeit bezeichnet.

§. 14.

Fortsetzung; in Beziehung II.) auf die rechtliche Möglichkeit und Zweckmäßigkeit der Willenshandlung.

Wenn in der Materie von freiwilligen Rechtsgeschäften von einer nothwendigen causae cognitio die Rede ist, so versteht man darunter diejenige Untersuchung, welche den vermischten Rechtsgeschäften eigenthümlich angehört, und welche zwar, wie sich von selbst versteht, auch auf die Wirklichkeit der Willenshandlung geht, jedoch zugleich und hauptsächlich auf das Innere und Materielle des Geschäfts; also mehr die rechtliche Möglichkeit und die Motive der Willensbestimmung, daher Zweckmäßigkeit desselben bezielt, als die Frage nach dem, was unter den Betheiligten schlechthin und formal gültig verhandelt und festgesetzt worden ist. Zwar ist auch hier nicht von Erörterung streitiger Thatsachen, nicht von Richtigstellung solcher Rechtsverhältnisse die Rede, worüber die Interessenten verschiedener Meinung sind; und obgleich insofern zwischen den Handlungen der streitigen und der freiwilligen Gerichtsbarkeit besonders von der vermischten Art eine Aehnlichkeit Statt findet, daß es bei den letztern auf die

Auseinandersetzung, wenn auch nicht streitiger, doch wenigstens zweifelhafter Rechtsverhältnisse ankommt; so sind und bleiben beide doch generisch verschieden. Indessen ist bei den vermischten Rechtsgeschäften doch eine eigenthümliche Thätigkeit des Richters sichtbar, welche ihre Richtung von dem Grundsatze der besondern Rechtsfürsorge (§. 9. 10.) annimmt, die dem richterlichen Amte bei dieser Art von Geschäften gesetzlich zur Pflicht gemacht ist. Hier ist es nämlich, wo der Richter hauptsächlich mit der Erörterung von Verhältnissen sich beschäftigt, von deren Beschaffenheit nicht bloß die formelle, sondern auch die materielle Gültigkeit, und zwar diese vorzugsweise, ja selbst die Zweckmäßigkeit des Geschäfts abhängt. Wir haben oben schon (§. 9.) bemerkt, daß der Richter hier sogar in die Willensbestimmung der Betheiligten einwirkt. Es ist also hier ganz und gar nicht von derjenigen Untersuchung die Rede, welche im streitigen Prozesse vorkommt. Denn hier handelt es sich nicht sowohl um streitige, als nur um zweifelhafte Verhältnisse; um solche, die nächst dem Richter vielleicht nicht einmal den Parteien bekannt, oder von diesen wenigstens in Ansehung ihres Einflusses nicht klar erkannt sind. Eben so wenig ist von derjenigen Untersuchung hier die Rede, wovon vorhin ad I. gehandelt worden. Denn es ist bei dem Vergleich über künftige Verpflegungsgelder (s. §. 20. n. 6.) noch lange nicht genug, daß in Rücksicht der persönlichen Eigenschaften der Vertragschließenden, und in Beziehung auf die Gewißheit und Zuverläßigkeit der Willenserklärung alles im Reinen sey. Der Richter darf sich dabei nicht beruhigen; er muß weiter gehen und untersuchen: den Rechtsgrund des Anspruchs an dergleichen Verpflegungsgelder, — die Motive des Vergleichs, etwa in

Engegenhaltung der wahrscheinlichen Resultate, wenn über die Verbindlichkeit rechtlich erkannt würde, — die Zweckmäßigkeit, namentlich die wahrscheinliche Zulänglichkeit der vergleichsmäßigen Bewilligung für ihren Zweck, — die Modalitäten der eingegangenen Verpflichtung selbst, ob also die Alimente in terminsweisen Reichnissen abzutragen, oder durch ein Aversional-Quantum auf die Verpflichtung sich ein für alle Mal abgefunden werden soll, und was nach den Umständen das Zweckmäßigere ist, — das etwanige Interesse eines Dritten u. s. w.

Das Ergebniß dieser Untersuchung motivirt den richterlichen Beschluß der Genehmigung oder Verwerfung des Geschäfts; also in dem gegebenen Falle:

„daß der Alimenten-Vergleich zwischen dem N. „und N. wie er zum Protokoll vom . . . . aufge„nommen worden, seinem ganzen Inhalte nach „— oder: mit dem Anhange (Modifikation), „daß ꝛc. — zu bestätigen; oder: daß derselbe „(aus den und den Gründen:) zur Zeit zur rich„terlichen Confirmation noch nicht geeignet, viel„mehr vordersamst noch ꝛc. ꝛc. — oder: daß der„selbe, weil ꝛc. (rationes rejectionis) nicht „statt habe."

Hier haben wir denn wirklich auch eine Art von Entscheidung (§. 11. am Ende), also fast wie im streitigen Prozeß eine Untersuchung und einen richterlichen Ausspruch; jedoch, wie gesagt, nur eine Art von Entscheidung. Denn die richterliche Entscheidung im streitigen Prozesse weicht von dem richterlichen Beschluß im nichtstreitigen Verfahren darin wesentlich ab, daß jene festsetzt, wer von zwei streitenden Parteien Recht habe, diese aber kein streitiges Recht betrifft; ferner, daß jene aus vergangenen thatsächlichen

Verhältnissen deren rechtliche Folgen unmittelbar bestimmt, diese aber thatsächliche Verhältnisse modifizirt, um mittelbar dadurch Rechtsverhältnisse zu begründen. Dort sollen Hindernisse der Anerkennung und somit der Geltendmachung eines bestehenden Rechts entfernt werden; hier soll der Richter erklären, daß die Hindernisse der Begründung eines Rechts entfernt seyen, oder daß sie nicht zu entfernen wären.

§. 15.

Wesen der richterlichen Bestätigung.

Die richterliche Bestätigung oder der Ausspruch, daß das Geschäft gültig sei, enthält übrigens zwar keine Gewährleistung, daß dasselbe nicht hiernächst doch angefochten werde, besonders wenn der Richter bei den reinfreiwilligen Handlungen nur die Richtigkeit der äußern Form damit bezeugt; aber auch nicht bei den vermischten Geschäften, vornämlich alsdann nicht, wenn etwa ein dabei nicht zugezogener, vielleicht unbekannter, Dritter dabei benachtheiligt wäre. Indessen bewirkt diese Bestätigung doch die Vermuthung des gesetzmäßigen Abschlußes, und sie ist überhaupt gleichsam der Schlußstein des Ganzen. Daher ist es auch eine unerläßliche Forderung an den Richter, dahin zu wirken, daß er diese Bestätigung mit der nach den Umständen möglichen Zuversicht ertheilen könne. Die causae cognitio muß daher mit Vorsicht und mit dem Probirsteine der Gesetze in der Hand angestellt werden. Der Richter muß sich nicht nur bemühen, von den Eigenthümlichkeiten des Geschäfts eine umfassende Kenntniß zu erlangen (sich vollständig informiren) sondern er muß es insonderheit auch zur Ueberzeugung bey sich bringen,

daß auch die Parteien deutlich einsehen, welche Veränderungen in ihren Rechtsverhältnissen das Geschäft hervorbringe, zu welchem Ende ihnen denn auch, wo es nöthig ist, die Forderungen der Gesetze an die Gültigkeit desselben bekannt zu machen sind. Ueberhaupt soll durch diese gerichtliche Verhandlung und die darauf erfolgte richterliche Bestätigung die rechtliche Vermuthung begründet werden, daß dasjenige, was unter den Parteien als Vertrag festgesetzt, oder bei einseitigen Willenserklärungen verbindlich erklärt worden, das Produkt einer in jeder Beziehung freien und gesetzmäßigen Willensbestimmung sey; was denn also nicht bloß bei den vermischten, sondern auch bei den reinfreiwilligen Rechtsgeschäften der Fall seyn muß, weil das gerichtliche Verfahren überhaupt den Stempel der Legalität an sich tragen soll.

Wenn ich bei dem Auftragen der Grundlinien der Untersuchung der Sache (§. 12 — 15.) etwas verweilt habe, so mag zu meiner Rechtfertigung dienen, daß ich damit zugleich die Hauptrichtung aller richterlichen Thätigkeit in dem ganzen nicht streitigen Verfahren angegeben habe. Der Richter, der es hier versieht, entweder zu oberflächlich oder mit zweckwidriger Verwendung verfährt, weil er von den Pflichten und Befugnissen seines Amts keine richtige Vorstellungen hat, wird ein schlechtes Werk liefern, wenn es auch nach seiner äussern Form die Probe besteht. Dem Einkindschaftsvertrage wird man es von aussen nicht ansehen, wenn auch der Richter seine Schuldigkeit nicht gethan hat; aber die Folgen werden es lehren, daß er sie nicht gethan hat, — leider zu spät!

§. 16.

Vermeintlich weitere Erfordernisse.

Zur Rechtsbeständigkeit der vermischt freiwilligen Rechtsgeschäfte ist demnach (§. 11.) erforderlich:

I) daß sie vor dem ordentlichen Richter,

II) mit causae cognitio verhandelt, also gehörig instruirt werden. Was etwa weiter noch als Erforderniß angegeben wird, ist entweder nur zufällig, oder allen Rechtsgeschäften gemein. Es wird nämlich weiter hieher gerechnet *a*):

III) daß diese Geschäfte nur an Gerichtstagen,

IV) an gewöhnlicher Gerichtsstätte vor sich gehen könnten, und

V) daß der Richter, wenn er selbst dabei betheiligt sei, sich seines Amts enthalten müsse, welche Forderungen bei den reinfreiwilligen Geschäften sämmtlich nicht zuträfen. Allein die Praxis weiß hievon nichts, und die Behauptung erscheint theils schief gestellt, theils ganz und gar unrichtig, wie nun kürzlich gezeigt werden soll.

§. 17.

Es gilt keine Beschränkung in Ansehung der Zeit oder des Orts.

Man kann zwar annehmen, daß die Geschäfte der vermischtfreiwilligen Gerichtsbarkeit nur Ausnahmsweise von der Art seyn können, daß bei ihrer Vornehmung Gefahr auf dem Verzuge hafte, und daß es daher dringend werden könnte, sie an Sonn- Fest- oder Feiertagen zur Instruktion zu ziehen.

---

a) Hellfeld jurispr. for. §. 194.

Wäre es aber auch, so würde dieß ihrer Gültigkeit eben so wenig schaden, als es nach der Lehre des Evangeliums eine Entheiligung des Sabbaths ist, an demselben den in den Brunnen gefallenen Esel herauszuziehen. Was aber die Werktage anlangt, so sind zwar ordentlicher Weise bei jedem Gerichte gewisse Gerichtstage bestimmt, in welchen der bessern Ordnung wegen und zur Abhaltung von Störungen bestimmte Geschäfte allein vorgenommen werden. Dieß hindert aber nicht, daß nicht je nach den Umständen jeder Wochentag Gerichtstag seyn könnte. Ja sofern die Gerichte nicht durch andere bereits festgesetzte Termine abgehalten sind, fordert es schon die Humanität, auch solche Parteien, die nicht bestellt worden sind, zumal wenn sie weit zum Gerichtssitze haben, mit ihrem Anliegen zu hören, und wenn sie gehörig vorbereitet sind, ihr Geschäft zu behandeln.

Was den Ort anlangt, so können diese Geschäfte oft nicht einmal an gewöhnlicher Gerichtsstätte vorgenommen werden. Man denke sich nur eine Erbsonderung zwischen Aeltern und Kindern, die mit einer Vermögensabschätzung verbunden ist, also nothwendig an dem Orte der gelegenen Sache vor sich gehen muß; ferner eine Nachlaß-Inventur. Sollte der dort mit vorkommende Einkindschaftsvertrag, oder hier die Bestellung der Vormundschaft darum von dem Akt abgesondert und an gewöhnlicher Gerichtsstätte behandelt werden, weil diese Geschäfte zu den vermischten gehören? Natürlich verfügt sich nicht das ganze Gericht, wenn es zumal ein Collegium ist, in das Sterbehaus; es schickt einen Deputirten mit einem Aktuar ab, der denn von dem, was er verhandelt hat, dem Collegium Bericht erstattet, und dessen Schlußfassung das weitere überläßt, was selbst an gewöhnlicher Gerichtsstelle geschieht. Denn auch

hier erfolgt, wenigstens bei Gerichten mit collegialer Verfassung, die Instruktion des Geschäfts durch eine Deputation. Immer jedoch beschränkt sich die Wirksamkeit des Richters in Ansehung aller und jeder Geschäfte, die er als solcher vornimmt, auf seinen Gerichtssprengel, ausser welchem er als bloßer Privatmann anzusehen ist, mithin nichtig verfährt, wenn er eine richterliche Handlung vornimmt. Ausgenommen ist, wie sich von selbst versteht, der Fall, da einem Richter in dem Bezirk eines andern von der gemeinschaftlichen Oberbehörde ein Geschäft commissionsweise aufgetragen wird. Uebrigens kann selbst die ausdrückliche Einwilligung des competenten Richters den unzuständigen wohl nicht berechtigen, in dem fremden Sprengel ein Geschäft vorzunehmen, wenn nicht der gemeinschaftliche Oberrichter einwilligt. Von dem Falle, da dringender Umstände wegen eine dergleichen Grenzüberschreitung gerechtfertigt werden kann, und wie hierbei zu verfahren, wird im dritten Kapitel die Rede seyn.

§. 18.

Etwas über Schicklichkeit des Orts zu gerichtlichen Handlungen.

Was im übrigen den Ort des vorzunehmenden Geschäfts selbst, abgesehen von seiner Lage im Gerichtssprengel, bloß in Beziehung auf seine Tauglichkeit an sich anlangt, so ist es ganz und gar nicht gleichgültig, wo sich die Richteramtsperson mit ihrem Aktuar niederlassen will, um ein Geschäft vorzunehmen. Hier gilt die Regel nicht: ubi judex ibi judicium, und ein, wenn gleich sonst mit aller Feierlichkeit, in einer Malztenne abgenommener Eid wird wenigstens in dem Schwörenden, wenn er anders Sinn für Schicklichkeit und äussere Würde hat,

einen störenden Eindruck verursachen und eine widerliche Erinnerung an die an einem so unpassenden Ort erfolgte Feierlichkeit zurücklassen. Es muß aber nächst dem äussern Anstand auch auf die Entfernung alles dessen, was das Geschäft stören kann, Rücksicht genommen werden. Eine mit Zechgästen angefüllte Trinkstube ist durchaus kein passender Ort zur Vornahme eines gerichtlichen Akts, und aus dem Tanzboden, wo die ausgelassene Fröhlichkeit roher Bauern sich tummelt, wird so manches in das anstossende Zimmer dringen, wo der Richter vielleicht mit einem Akte beschäftigt ist, bey dem er auf eine ruhige und ernste Gemüthsstimmung der behandelten Partei rechnen muß. Ich würde dieß nicht erinnern, wenn ich nicht aus Erfahrung wüßte, wie oft in der Praxis von Localcommissarien hier gegen die Forderungen des Schicklichen und der äussern Würde einer Gerichtshandlung verstossen wird, die immer das Gepräge des Feierlichen an sich tragen, und so nicht nur dem rohsinnlichen Menschen imponiren, sondern auch in dem gebildetern wenigstens kein Aergerniß erregen soll. Wir deutschen Richter (ich rede hier zunächst und vornämlich von gewissen Unterrichtern, die im Qualme von Amtsstuben Asträens Dienst verrichten) hätten in Beziehung auf äussere anständige Haltung bei den gerichtlichen Geschäften noch gar manches von unsern Nachbarn jenseits des Rheins zu lernen. Aber wir thun uns noch viel zu viel auf unsere angestammte Amtswürde zu gute, als daß wir uns bequemten, unserer Gemüthlichkeit, vielmehr einer gewissen behaglichen Philisterei irgend Zwang anzuthun. Wollen wir es also auch dem sinnlichen Menschen nicht übel nehmen, wenn er etwa nach Gelegenheit einmal die Legitimität unserer Stellen und die Sanctität unserer Gerichtsstuben vergißt, wo so vieles

ihn an eine Werkstätte oder wohl gar an eine Tabagie und so weniges an einen Tempel der Gerechtigkeit erinnert! —

§. 19.

Niemals kann der Richter in eigener Sache sein Amt verwalten.

Ganz grundlos ist die Vorstellung, als ob der Richter in eigener Sache nur keine vermischte, wohl aber reinfreiwillige Rechtsgeschäfte vor sich verhandeln lassen könne. Man kommt bei dieser Vorstellung mit den ersten Begriffen von dem Richteramt und seinen Erfordernissen in Widerspruch. Kein Geschäft, wie es auch Namen haben mag, kann der Richter als solcher in eigener, oder was eben soviel ist, in der Seinigen Sache gültig vornehmen, wenigstens nach unserer Gerichtsverfassung nicht. Der Zweck der richterlichen Mitwirkung ist Legalität und Glaubwürdigkeit der Handlung, und der nämliche Mann, der als glaubhafter Zeuge hier nicht auftreten könnte, sollte doch als Richter sein Amt verwalten können? — Er würde also nicht nur nichtig handeln, sondern nach Befinden der Umstände auch wegen Mißbrauchs seiner Amtsgewalt gestraft werden, sey es auch nur darum, daß er denjenigen, der mit ihm contrahirt und aus Mangel eigener Rechtsgeschäftskenntniß auf ihn sich verlassen hat, irre geleitet hätte. Nimmt man auch an, daß das Geschäft von der Art ist, daß der Richter sich nur Verpflichtungen auflädt, z. B. eine Bürgschaftsverschreibung, Quittung u. d. gl. so fühlt man, hinweggesehen auch über Unschicklichkeit und möglichen Mißbrauch, bei einigem Nachdenken über das Wesen der Sache selbst, daß auch hier der Richter

nicht

nicht handeln kann, weil von zwei zu dem Geschäft wesentlich erforderlichen Personen: Partei und Richter, (diejenige, welche sich verbindlich erklärt und diejenige, vor welcher die Erklärung geschieht) nothwendig eine fehlen würde. Was der Richter also hier in eigener Sache handelt, thut er als Privatperson; und macht er glauben, daß es ein gerichtliches Geschäft sei; so handelt er entweder aus Unwissenheit oder betrügerisch. Da indessen Fälle vorkommen können, daß der Richter in eigener Sache vor seinem Gerichte handeln muß z. B. er macht einem seiner Gerichtseingesessenen ein Darlehen, wofür er sich eine gerichtliche Hypothek bestellen lassen will; so ist hierbei auf folgende Art zu verfahren. Besteht das Gericht aus mehreren zu richterlichen Handlungen geeigneten Personen, so muß er, indem er sich seines Amts gänzlich enthält, das Geschäft einem andern Gerichtsmitgliede überlassen und lediglich als Partei auftreten. Ist aber das Gericht nur mit einer einzigen richteramtlichen Person besetzt, die er selbst ist; so muß er den Fall seinem vorgesetzten Obergericht anzeigen, damit dieses die Sache einem Commissarius aus seiner Mitte oder einem andern Untergericht überträgt.

§. 20.

Gegenstände der vermischt freiwilligen Rechtsgeschäfte.

Nach gemeinen Rechten *a*) werden folgende Geschäfte hieher gerechnet:

---

a) Vergl. Claproths theoret. pract. Rechtswissenschaft von freiwilligen Gerichtshandlungen §. 11. u. 143. fgg.

1) alle Geschäfte, wobei die vormundschaftsrichterliche Gewalt wirksam eintritt, sowohl bei der Anordnung einer Pflegschaft als bei dem, der richterlichen Genehmigung (decretum magistratus) gesetzlich vorbehaltenen Verkehre des Vormunds mit einem Dritten. Es gehören hieher insonderheit

a) alle Arten von Vermögens- und Erbgutsabsonderungen Pflegebefohlner, wobei sie mit Verwandten, namentlich mit ihren Aeltern, oder mit Fremden in das Verhältniß collidirender Interessen kommen;

b) Einkindschaftsverträge *a*);

c) alle Veräusserungsarten der Pupillengüter *b*);

2) die durch einen Akt vor Gericht bewirkte ausdrückliche Entlassung aus der väterlichen Gewalt (emancipatio justinianea) *c*).

3) Die Bestätigung einer Adoption *d*);

4) Die Veräusserung eines Dotalfundus, der dem Manne nicht venditionis, sondern bloß taxationis gratia angeschlagen ist *e*), zur Ausmittelung der Nothwendigkeit oder wenigstens Nützlichkeit der Veräusserung *f*);

5) Verträge, deren Gegenstand unbewegliche Güter sind, sie mögen nun die Veräusserung des Ei-

---

a) Runde Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts (V. Aufl.) §. 675.

b) Thibaut Syst. des Pand. Rechts §. 520. sqq.

c) L. 5. 6. C. de emancip. (VIII. 49.)

d) L. fin. C. de adopt. (VIII. 48.)

e) v. Trützschler's Anweisung ꝛc. 2. Th. S. 197. §. 46.

f) Boehmer introd. in jus dig. XXIII. Tit. V. nro. 3. 7.

genthums, die Auflegung einer dauernden Last, oder die Verpfändung mit der Wirkung einer gerichtlichen Hypothek betreffen *a*). Dieß ist vornämlich dann der Fall, wenn aus dergleichen Geschäften etwas in die öffentlichen Grund- und Hypothekenbücher eingetragen werden soll *b*);

6) Verträge über künftige Alimente *c*);

7) Alle Ehe- und Erbverträge, deren Gegenstand die Zuwendung eines Grundstücks an den andern Ehegatten betrifft *d*);

8) Schenkungsverträge deren Betrag über 500 solidos (Dukaten) sich beläuft. Doch wird gemeinhin deßfalls nur die Insinuation, nicht causae cog-

---

a) de Selchow elem. jur. germ. §. 551.
v. Trützschler I. S. 614.
Claproth a. a. O. S. 46.
Pufendorf (de jurisd. germ. I. 4. §. 60.) will die Nothwendigkeit der Verlautbarung dieser Geschäfte vor dem competenten Richter bloß auf die dingpflichtigen Güter (bona nexu aliquo clientelari affecta) beschränken, nicht aber von den freieigenen verstanden wissen.

b) Daher sind in Baiern selbst siegelmäßige Personen bei dergleichen Verträgen an die gerichtliche Concurrenz gebunden, wenn jene Verträge gegen dritte Personen wirksam seyn sollen. Beil. VIII. zur Verfass. Urk. §. 5.

c) L. 8. D. de transact.

d) Selchow behauptet l. c. §. 422., daß dieß in ganz Deutschland gelte. Auch sey in verschiedenen deutschen Provinzen gesetzlich bestimmt, daß alle Ehepakten überhaupt, auch wenn sie keine Immobilien betreffen, vornämlich der Bauern, der gerichtlichen Vollziehung und Bestätigung bedürften, und daher nicht verschlossen übergeben werden dürften.

nitio zur Gültigkeit gefordert *a*). Ausserdem rechnet man noch hieher *b*)

9) die solenne Testaments-Eröffnung, weil sie mit einer Art von causae cognitio verbunden sey, indem die Testamentszeugen zur Recognoscirung ihrer Siegel und Unterschriften vorgeladen würden;

10) die oblatio et depositio judicialis, weil dazu der Gläubiger ad videndum deponi vorgeladen würde, also wiederum eine Art von Untersuchung vorhergehe;

11) die Exemplifikationen *c*) oder diejenigen vidimirten Abschriften von Urkunden, welche auf

---

a) a Pufendorf in obs. jur. un. Tom. IV. obs. 121. Müller ad Leyser. obs. 691. Höpfner's Commentar §. 413.

b) Hellfeld Jurispr. for. §. 1501. 1536.

c) Claproth a. a. O. §. 247. A. M. ist von Trützschler l. c. S. 183. §. 121. Die Exemplifikationen nennt die preuß. Ger. Ordn. II. 3. §. 89. Renovationen, und schreibt deßfalls folgendes Verfahren vor: „Wenn Urkunden, welche wegen Alters oder durch andere Zufälle schadhaft geworden sind, oder sonst unleserlich zu werden Gefahr laufen, mit der Wirkung erneuert werden sollen, daß die neue Ausfertigung in allen Stücken die Stelle des bisherigen Originals vertreten soll, so muß dieses mit Zuziehung aller derjenigen, die bei der Sache und dem Gegenstande der Urkunde ein bekanntes Interesse haben, z. B. bei Grenzrecessen mit Zuziehung sämmtlicher Grenznachbarn, bei Lehensurkunden mit Zuziehung des Lehensherrn, und aller Mitglieder der belehnten Familie, geschehen. Diese müssen daher zu einer solchen Handlung ordentlich vorgeladen, und es muß ihnen angedeutet werden, daß bei ihrem Ausbleiben mit der Renovation dennoch verfahren, und in der Folge auf den Einwand, daß

Vorladung der Interessenten mit deren Anerkennung gerichtlich gefordert werden, und die Kraft des Originals haben sollen.

Allein hier ist überall von keiner eigentlichen causae cognitio in dem Sinne, wie wir sie hier zu nehmen haben (§. 12. fg.), die Rede, sondern lediglich von bloßen Acten der Beglaubigung, mithin von reinfreiwilligen Gerichtshandlungen. Denn

---

dieselbe ohne ihre Zuziehung geschehen sey, nicht mehr geachtet werden solle. Ist es nicht möglich, sämmtliche Interessenten auszuforschen, so hat zwar das Renovationsgeschäft seinen Fortgang, den nicht zugezogenen oder nicht gehörig vorgeladenen Interessenten aber bleiben ihre Einwendungen gegen die Richtigkeit der renovirten Urkunde vorbehalten. Bei der Renovation selbst wird wie bei der Anfertigung einer vidimirten Abschrift verfahren. Kommen Stellen vor, die, weil die Schriftzüge nicht mehr ganz deutlich sind, von den Interessenten verschieden gelesen werden, so ist diejenige Lesart, welche dem renovirenden Richter mit den noch vorhandenen Schriftzügen am Besten übereinzustimmen scheint, in den Contexť aufzunehmen; alle übrigen aber müssen, wenn die Parteien sich darüber nicht vereinigen können, in besondern am Rande beizufügenden Registraturen ebenfalls angeführt und dabei bemerkt werden: von welchem der Interessenten eine jede derselben als die richtige behauptet worden. Doch müssen dabei weder die Parteien noch das Gericht auf Erörterungen oder Streitigkeiten über die Erklärung oder Ausdeutung solcher Stellen sich einlassen, da dergleichen nicht zu der Handlung der Renovation, sondern allenfalls zur processmäßigen Instruction und besondern Entscheidung im ordentlichen Wege Rechtens gehören.

Die alte Urkunde selbst wird nicht cassirt, sonder- bleibt zum etwaig künftigen Gebrauch in gerichtlicher Verwahrung.

bei der Eröffnung eines auffergerichtlichen Testaments hat die Vorladung der Zeugen zur Recognition keinen andern Zweck als den der Ergänzung eines auffergerichtlichen Beweises. Diese Ergänzung ist übrigens nur ein subsidiarisches Beweisunterstützungs-Mittel, gehört also gar nicht zum Wesen der Sache; denn wenn die Intereſſenten die Siegel und Unterschriften der Zeugen selbst anerkennen, so bedarf es nicht einmal deren Vorladung. Auch ist zu dieser sogenannten sollennen Testaments-Eröffnung nicht der ordentliche Richter allein competent (was den gemischtfreiwilligen Rechtsgeschäften sonst charakteristisch ist), sondern überhaupt jeder Richter, dem das Testament zur Eröffnung eingehändigt wird *a*). Gleiche Bewandniß hat es mit der gerichtlichen Erlegung einer Geldsumme zur Abwendung der Folgen der Zahlungsverzögerung. Denn entweder kennt der Gläubiger die rechtmäßig geschehene Deposition an oder nicht. Im ersten Falle bedarf es keiner Untersuchung, im zweiten aber muß sie im Wege des streitigen Prozesses erfolgen. — Was endlich die Exemplifikationen anlangt, so sind sie nur eine besondere Art der Vidimation, und die Untersuchung, die hier eintritt, findet mehr oder weniger bei jeder Beglaubigung eines Sachverhältnisses durch den Richter Statt.

Für den ordentlichen persönlichen Richter gehören die unter Num. 1—4. 6. u. 7., für den Realrichter die unter Num. 5., für irgend einen Richter die unter 8. bemerkten Geschäfte.

Es darf übrigens kaum noch einmal erinnert werden, daß hier nur von gemeinrechtlichen Bestim-

---

a) Böhmer introd. in jus Digest. Lib. XXIX. Tit. 3. §. 4. sq.

mungen die Rede ist, nicht von Verordnungen partikulärer Gesetze, die auch wohl noch andere Geschäfte in diese Categorie versetzen.

§. 21.

Die Bestimmungen I) der preuß. Gesetzgebung hierüber.

Es ist vielleicht für gewisse Leser nicht ohne Interesse, die Bestimmungen zweier deutschen Gesetzbücher und des französischen in dieser Materie kürzlich kennen zu lernen.

Die preuß. Gesetzgebung *a*) geht in Ansehung der Verpflichtung der Parteien zur gerichtlichen Vollziehung und Verlautbarung ihrer Rechtsgeschäfte noch weiter als das gemeine Recht. Es sind von demselben folgende Geschäfte, wo die aussergerichtliche Vollziehung nicht zureicht, bezeichnet.

1) Alle Veräusserungsverträge unbeweglicher Güter; 2) alle Verträge über deren Verpfändung oder Belastung; ferner Verträge: 3) über die Verjährung; 4) wodurch ein Grundstück in Erbzins oder Erbpacht ausgethan wird; 5) über eine antichretische Pfandbestellung; 6) über die Einführung der Gütergemeinschaft unter Eheleuten, wo die Legalcommunion nicht gilt, oder über deren Ausschliessung, wo jene gilt; 7) die Errichtung von Familienstiftungen und beständigen Familien-Fideicommissen; 8) die Aussetzung eines Altentheils; 9) Vergleiche über künftige Alimente; 10) die Emancipation eines minderjährigen Sohnes; 11) die Ertheilung von Wechselcertifikaten an Wechselunfähige; 12) die Vollziehung eines Vertrags über eine mit landesherrlicher Erlaubniß ge-

---

a) Vergl. allg. G. O. für die preuß. Staaten Th. II. Tit. 1.

schlossene Ehe zur linken Hand; 13) Adoptiv-Verträge; 14) weibliche Bürgschaften und Intercessionen sowohl für den Ehemann als für einen Dritten; 15) die Bestellung eines Erbschatzes; 16) Verträge der Blinden und Taubstummen; 17) Erbschaftskäufe; 18) Verkäufe künftiger Sachen, wenn der Kaufpreis über 100 Rthlr. pr. Cour. beträgt, und beide Contrahenten nicht Kaufleute sind; 19) Schenkungen, welche die Kraft gerichtlicher haben sollen; 20) Testamente und Erbverträge; 22) Verträge zwischen Eheleuten in stehender Ehe, wodurch sich die Frau gesetzlicher Vermögensrechte begiebt; 23) Pachtverträge über Landgüter, wenn der jährliche Pachtzins 200 Rthlr. übersteigt; 24) die Verträge der des Schreibens unkundigen, oder daran verhinderten, oder der Sprache des Vertrags-Instruments nicht kundigen Individuen; 25) Ehegelöbnisse vor erfolgtem Aufgebote, und Ehe- und Erbverträge vor vollzogener Ehe.

Hievon bedürfen die von 1 — 4. bemerkten der Vollziehung, wenigstens der Verlautbarung (Insinuation), die auf 1. selbst der Vollziehung vor dem Richter der Sache; die von 5 — 11. der Vollziehung vor dem ordentlichen persönlichen Richter; die unter 12 und 13. der Confirmation des Obergerichts der Provinz; die von 14 — 23. überhaupt nur der gerichtlichen Verlautbarung und Vollziehung; bei den beiden letzten (24, 25.) genügt es, wenn sie auch nur vor einem Justiz-Commissär (Advokaten), der zugleich Notar ist, vollzogen sind. Man sieht übrigens schon aus der Natur der hier der richterlichen Mitwirkung vorbehaltenen Geschäfte, daß sie nicht in gleichem Grade die amtliche Fürsorge fordern, und daß es bei einigen, wie bei num. 2, 3, 14 — 17, 20, 23 — 25. mehr auf die Gewißheit oder Wirklichkeit, als auf die rechtliche Möglichkeit der Willenserklä-

rung ankommt, also mehr auf die Form als auf den materiellen Inhalt.

§. 22.

II.) der österreichischen Gesetzgebung.

Einfacher sind die Bestimmungen des österreichischen Gesetzbuchs. Nach demselben kann jeder Vertrag schriftlich oder mündlich, gerichtlich oder ausser-gerichtlich errichtet werden *a*). Ist aber sein Gegenstand das Eigenthum oder ein sonstiges Recht auf unbewegliche Güter, so wirkt derselbe nur einen persönlichen Anspruch an den Mitpaciscenten, also nur einen Titel zur Erwerbung eines dinglichen Rechts; dieses dingliche, auch von einem Dritten anzuerkennende Recht selbst aber wird nur durch die Eintragung (Intabulation) in die öffentlichen Grund- oder Hypothekenbücher bewirkt *b*). Bloß Gesellschaftsverträge, die sich nur auf das gegenwärtige oder nur auf das zukünftige Vermögen beziehen, sind ungültig, wenn das von dem einen und dem andern Theile eingebrachte Gut nicht ordentlich beschrieben und verzeichnet worden ist *c*). Das nämliche gilt auch von der ehelichen Gütergemeinschaft, die überhaupt nur vermöge Vertrags bestehen kann *d*). Nur zur Verwandlung, Vertauschung oder Erbverpachtung eines Fideicommißguts bedarf es der Genehmhaltung der ordentlichen Gerichtsbehörde nach vorgängiger Untersuchung der Sache *e*). Daß die Wirksamkeit der vor-

---

a) Allg. bürgerl. Gesetzb. für die gesammten deutschen Erbländer der österreichischen Monarchie §. 883.

b) §§. 321. 431. sqq. 1095. 1120. 1126.

c) §. 1178. *d*) §. 1233. *e*) §. 634.

mundschaftlichen Gerichte in den in ihren Geschäftskreis einschlagenden Geschäften die Parteien verpflichtet, sich dahin zu wenden, versteht sich von selbst, daher auch Adoptiv-Verträge *a*), Emancipationen minderjähriger Kinder *b*) [indem Großjährige Kraft des Gesetzes aus der väterlichen Gewalt gehen, und nur mit richterlicher Bewilligung länger in derselben behalten werden können *c*)] und Verträge mit einem Pflegekind, wenn dessen Rechte geschmälert oder ihm besondere Verbindlichkeiten auferlegt werden sollen *d*), ingleichen Erbverträge pflegebefohlener Ehegatten *e*) der gerichtlichen Mitwirkung bedürfen.

§. 23.

III) der französischen Gesetzgebung.

Nach der französischen Gesetzgebung haben die Gerichtsstellen mit den nicht streitigen Rechtssachen in der Regel, und was die Beurkundung (Aufnehmung der actes authentiques — unsere nichtstreitigen Rechtsgeschäfte im engern Sinn oder Handlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit — anlangt, ohne Ausnahme nichts zu schaffen. Es sind aber hier zu unterscheiden a) diejenigen Geschäfte, die ihrer Natur nach von der privatwillkührlichen Behandlung ausgenommen sind, und b) diejenigen, welche bloß nach positiven Bestimmungen zur Gültigkeit ihrer Form der Vollziehung durch eine öffentliche Behörde bedürfen.

Auf a) Zu den erstern gehören alle diejenigen Geschäfte, welche den bestimmten Wirkungskreis einer öffentlichen Behörde nach der französischen Gerichtsverfassung ausmachen, namentlich

---

a) §. 181. *b*) §. 174. *c*) §. 171. *d*) §. 186. *e*) §. 1250.

1) die Führung der Register des Civilstandes a) durch die Civilstandesbeamten der Gemeinden;

2) die Führung der Hypothekenbücher durch die Hypothekenbewahrer;

3) die Geschäfte der Leitung des ganzen Vormundschaftswesens durch den von dem Friedensrichter bestellten und dirigirten Familienrath, bestehend unter jenes Vorsitze aus 6 Familiengliedern, halb von väterlicher halb von mütterlicher Verwandtschaft oder Schwägerschaft. Diese Geschäfte beziehen sich auf die Leitung α) der eigentlichen Vormundschaften über Minderjährige, β) über solche, welche wegen Geisteskrankheit durch richterlichen Ausspruch (interdiction) den Unmündigen gleichgesetzt und unter Vormundschaft genommen worden sind — les interdits — also Rasende, Wahn- und Blödsinnige; γ) der Curatel über einen emancipirten Minderjährigen b), über die Leibesfrucht einer Wittwe c) beide (ad γ) angeordnet durch den Familienrath.

---

a) Civilstand oder bürgerliche Rechtsfähigkeit ist diejenige Eigenschaft einer Person, nach welcher sie der durch das bürgerliche Privatrecht bestimmten Rechte fähig ist, begründet durch Geburt, Heirath oder Tod; daher man auch mit Recht annimmt, daß von der Gewißheit dieser Ereigniße die Begründung und Bestimmung aller Rechte abhänge. Vergl. Grolman's Handbuch über den Code Napoleon (Gießen und Darmstadt 1810) 1ster Bd. 2ter Titel S. 212 ff.

b) Code Napoléon Art. 480.

c) Art. 393. Wann über einen Abwesenden eine Curatel anzuordnen, und wie es mit der Ausantwortung seines Vermögens zum provisorischen und definitiven Besitz an die gesetzlichen Erben nach vorgängiger Abwesenheits-Er-

4) Das Geschäft der Versiegelung in Sterbfällen und der Wiederauffsiegelung als zum Ressort des Friedensrichters gehörig; die Inventuren und Erbtheilungen gehören für das Notariatamt.

Auf b. Zu den Geschäften, welche nach gesetzlicher Vorschrift nicht von den Privaten allein verhandelt werden können, gehören

1) die Adoption, welche der Friedensrichter durch ein Erkenntniß bestätigen muß, das jedoch noch der Confirmation des Distrikts- und hiernächst des Appellationsgerichts bedarf *a*);

2) die Annahme eines Pflegekinds (tutelle officieuse:) durch einen Akt von dem Friedensrichter *b*);

3) diejenige Legitimation unehelicher Kinder, die bloß in deren Anerkennung zum Behufe des Genusses einiger Familienrechte besteht, (la reconnaissance des enfans naturels), eine Art von legitimatio minus plena. Diese Anerkennung muß entweder in der Geburtsurkunde oder in einer andern öffentlichen Urkunde geschehen *c*);

4) die ausdrückliche *d*) Entlassung aus der älterlichen Gewalt. Sie kann nur statt finden bei Kindern über 15 Jahren; nach erlangter Großjährigkeit durch das Distrikts-Gericht gehalten wird, vergl. C. N. Liv. I. Titre IV. Der Familienrath hat mit dieser Curatel nichts zu schaffen; eben so wenig mit der von dem Distriktsgericht über einen Verschwender angeordneten Beistandschaft (Conseil judiciaire) art. 513. sqq.

a) C. N. art. 353. sqq.

b) Art. 361. seqq. *c*) Art. 334. sqq.

d) Die stillschweigende erfolgt durch Verheirathung eines Minderjährigen. Art. 476.

jährigkeit (21 Jahre) ist sie nicht erforderlich weil die älterliche, so wie die vormundschaftliche Gewalt mit der Minderjährigkeit zugleich aufhört. Diese Emancipation geschieht durch eine Erklärung vor dem Friedensrichter *a*).

5) Die Emancipation eines minderjährigen vater- und mutterlosen Waisen aus der Vormundschaft (venia aetatis) welche übrigens nur nach erfülltem 18ten Jahr erfolgen kann, und durch eine Declaration des Friedensrichters als Vorstandes des Familienraths nach der von letzterem angestellten Prüfung der Fähigkeit des zu Entlassenden bewirkt wird *b*).

Nächstdem ist gesetzlich bestimmt, daß alle Verträge, deren Gegenstand 150 Franken im Werth übersteigt, *c*) oder auch ohne Rücksicht auf den Betrag alle Testamente *d*), Vergleiche *e*) der antichretische Pfandvertrag *f*) und zwar sämmtliche als Bedingung ihrer Gültigkeit (Sollennitatis causa), oder des bloßen Beweises wegen, wie Mieth- und Pachtverträge, vor einem Notar oder wenigstens schriftlich abgeschlossen werden müssen.

Vor einem Notar müssen aber schlechterdings errichtet werden:

alle Schenkungen unter Lebendigen *g*);

alle Eheverträge, die überhaupt nur vor der Heirath geschlossen werden können *h*);

die Conventionalhypotheken *i*).

Man sieht hieraus, daß sich das französische Civilrecht in Ansehung der vermehrten Formen der Rechtsgeschäfte dem preußischen nähert. Dadurch und

---

a) Art. 477. *b*) Art. 478. *c*) Art. 1341.
d) Art. 969. *e*) Art. 2044. *f*) Art. 2085.
g) Art. 931. *h*) Art. 1394. *i*) Art. 2127.

vornämlich durch die gehäuftere Nothwendigkeit der schriftlichen Abschließung, selbst als Bedingung der Gültigkeit des Rechtsgeschäfts, wird allerdings die Gewißheit des Verkehrs befördert und manchen Prozessen, besonders über den eigentlichen Sinn der Willenserklärungen, vorgebeugt. Es ist indessen nicht zu leugnen, daß auf der andern Seite wiederum der Moralität dadurch geschadet, und ein Hauptband des bürgerlichen Vereins, der Glaube an das Wort eines ehrlichen Mannes geschwächt wird, wenn der Gesetzgeber selbst so wenig Werth darauf zu legen scheint. Auch öffnet sich eben damit dem listigen Betrüger (ich spreche hier aus der Erfahrung einer langjährigen richterlichen Praxis; vornämlich der Beobachtung des Verkehrs der Juden mit Christen aus den niedern Ständen) eine reichhaltige Quelle für seine unlautern Spekulationen, die er gegen die ehrliche Einfalt eines Gesetz- und Geschäftsunkundigen in der Form hinkender Verträge geltend zu machen weiß. Der Spekulant hat hierbei einen doppelten Vortheil: einmal bei schriftlichen Verträgen, indem er dem Andern mündliche unverbindliche Nebenversprechungen macht; und dann bei einem bloß mündlichen Vertrag von einem für ihn, den Spekulanten, zweifelhaften Vortheile in sofern, als er neben dem ihm beliebig offen stehenden Rücktritte mit Wahrscheinlichkeit darauf rechnet, daß der von gleicher Zuständigkeit ununterrichtete oder aus Ehrlichkeit davon keinen Gebrauch machende Mitcontrahent ihm redlich Wort halten werde.

Zweites Kapitel.

Kritik der richterlichen Thätigkeit bei dem nichtstreitigen Rechtsverfahren im Allgemeinen.

§. 24.

Zweck und Richtung der richterlichen Mitwirkung überhaupt.

Im vorigen Kapitel haben wir uns mit der Eintheilung der Rechtsgeschäfte in vermischte und reine beschäftigt, und bei dieser Gelegenheit mußte zur Erlangung einer richtigen Vorstellung von dem Grunde und Wesen dieser Eintheilung manches anticipirt werden, was seine Stelle eigentlich in diesem Kapitel hat. Ich muß dieß zur Rechtfertigung vor dem Vorwurf unnöthiger Wiederholungen erinnern. Da ich übrigens in diesem und dem vorhergehenden Kapitel eigentlich versuche, den Grundriß des ganzen nichtstreitigen Prozesses zu zeichnen, so muß ich dafür vornämlich die Aufmerksamkeit der Leser in Anspruch nehmen.

Wenn die Gesetze für das Verkehr der Staatsbürger, wodurch Rechte und Verbindlichkeiten begründet werden sollen, gewisse Normen vorschreiben, und wenn sie insonderheit von der richterlich obrigkeitlichen Mitwirkung die bessere Erreichung des Zwecks erwarten; so gehen sie hierbei von der Betrachtung aus:

Da die Meinungsverschiedenheit über den Umfang dieser Rechte und Verbindlichkeiten ein Uebel in der bürgerlichen Gesellschaft ist, so muß jenes Verkehr so viel möglich so eingerichtet seyn, daß entweder kein vernünftiger Zwei-

fel darüber entstehen, oder derselbe im ordentlichen Rechtswege ohne Schwierigkeit gehoben werden kann; als Mittel zu diesem Zweck erscheint aber die Leitung des Verkehrs durch den Richter in sofern, als dieser nicht nur der Gesetze kundig, sondern selbige auch für den Zweck mit einer die Privatwillkühr, soweit sie hinderlich ist, überwiegenden Kraft geltend zu machen im Stande ist.

Die Richtung des Verfahrens bei den nichtstreitigen Rechtsgeschäften muß daher darauf gehen,

A) die Ueberzeugung zu bewirken, daß ein bestimmtes Rechtsgeschäft

I) mit rechtlicher Wirkung zu Stande kommen konnte,

II) wirklich zu Stande gekommen sei;

B) diese Ueberzeugung dauernd zu begründen.

Auf A.

Hier ist demnach

I) von der rechtlichen Möglichkeit des Geschäfts die Rede, und diese hängt ab von der Beschaffenheit

1) der Rechtsgeschäfts-Subjekte,

2) des Inhalts des Rechtsgeschäfts und zwar

a) sowohl nach seinem Gegenstande, als

b) nach der Art und Weise des Verkehrs über denselben;

II) von der Wirklichkeit des Geschäfts, welche bedingt ist:

1) durch die Beschaffenheit der Willensäusserung in Beziehung auf das wesentliche Erforderniß der Einwilligung und zwar

a) sowohl was das Wesen des zu erwerbenden oder zu veräussernden Rechts nach allgemeinen Erfordernissen, als

b) was

b) was die auf besondern Willensäusserungen beruhenden Modifikationen (pacta, quae legem dant contractui) anlangt;

2) durch die Beobachtung der gesetzlich vorgeschriebenen Form, besonders sofern als davon die Gültigkeit des Geschäfts abhängig gemacht ist (Sollennitäten).

Auf B.

Dauernd begründet wird die Ueberzeugung von der rechtlichen Möglichkeit und Wirklichkeit eines Rechtsgeschäfts durch dessen gehörige Beurkundung.

Die rechtsbeständige Mitwirkung des Richters setzt aber auch voraus, daß er die gehörigen Eigenschaften habe, also daß er (bei gewissen Geschäften wenigstens) der zuständige Richter sei, und, was insonderheit die Beurkundung betrifft, daß die Beglaubigung der Handlung nicht von seiner Person allein ausgehe, mithin daß die Handlung vor gehörig besetztem Gerichte vorgehe. Es muß sich daher die richterliche Thätigkeit im nichtstreitigen Rechtsverfahren überhaupt nach folgenden Richtungen äussern: Der Richter muß

1) vor allen seine Befugniß rücksichtlich des vorzunehmenden Geschäfts prüfen und das zu seiner vollständigen Wirksamkeit von seiner Seite Erforderliche anordnen. Er muß ferner (und dieß macht eigentlich die Instruktion des Geschäfts — §. 11. — aus) prüfen:

2) die Eigenschaft der handelnden Personen,

3) den Inhalt des Rechtsgeschäfts und

4) dessen rechtsbeständigen Abschluß besonders in Beziehung auf die Zuverlässigkeit der Willenserklärungen; hiernach leitet er das Ganze und ordnet an, was geschehen muß für den Zweck der Interessenten. Endlich

5) sorgt er für die förmliche Beurkundung.

§. 25.

Grenzprinzipe.

Auſſer dem, was vorhin (§. 10.) deßfalls bereits bemerkt worden, glaube ich hier nur noch folgendes erinnern zu müſſen. Die richterliche Einwirkung in die Geſchäfte der Bürger und Angehörigen des Staats ſoll nach dem Grundſatze, daß die Rechtsfürſorge der öffentlichen Gewalt nur ſubſidiariſch iſt (§. 2.), der Privatwillkühr, ſoweit ſich dieſelbe in den geſetzlichen Schranken äuſſert, nicht hinderlich, vielmehr förderlich ſeyn. Dieß iſt nicht bloß da der Fall, wo der Richter vermöge des freien Entſchluſſes der Intereſſenten ſein Amt verwaltet, — bei den reinfreiwilligen Rechtsgeſchäften — ſondern auch da, wo die Gültigkeit des Geſchäfts von ſeiner Mitwirkung abhängig gemacht iſt. Denn auch hier wird die rechtliche Freiheit der Handelnden der Abſicht der Geſetze gemäß nicht ſowohl beſchränkt, als vielmehr, mit Beſeitigung gewiſſer entgegenſtehender Hinderniſſe (§. 9.), ihr nur eine unſchädliche Richtung zu geben geſucht, es ſey nun, daß jene Hinderniſſe in der Perſon der Handelnden oder in Verhältniſſen auſſer ihnen liegen. In der erſtern Beziehung treten nämlich beſondere Gründe zur Vermuthung ein, daß der Wille der Handelnden phyſiſch nicht frei wähle, und die Rechtsbeſtändigkeit des Geſchäfts erfordert alſo die ſorgſame Entfernung dieſes Hinderniſſes der freien Willkühr, was denn namentlich bei denjenigen der Fall iſt, die der vormundſchaftlichen Fürſorge bedürfen. Die letztere Beziehung tritt da ein, wo die Willkühr der handelnden Individuen rechtlich verhindert iſt, alſo vornämlich da, wo das allgemeine Wohl bei Geſchäften der Einzelnen beſon-

ders betheiligt erscheint. Abgesehen aber von diesen Hindernissen, so ist Grundsatz:

1) Wer keines Vormundes bedarf, der soll auch keine Art vormundschaftlicher Fürsorge wider Willen zu leiden verpflichtet werden, selbst wenn dieß sein Bestes zu fordern scheint; aber auch

2) aus Gründen des öffentlichen Wohls nicht soll der Handelnde einigen Zwang leiden, es wäre denn, daß seine rechtliche Willkühr in Collision käme mit Rücksichten, welche nach allgemein gültig bestehenden, also gesetzlichen Normen jenes öffentliche Wohl fordert. Soll nun — und dieß gilt denn vorzüglich von den reinfreiwilligen Rechtsgeschäften — die Einwirkung des Richters keine curatorische Fürsorge für diejenigen seyn, welche frei vom fremden, wenn gleich sonst gut gemeinten Einflusse über das Ihrige verfügen können und wollen; so kann man als Regel annehmen:

daß da, wo die Ueberzeugung, daß der Handelnde frei zu handeln nicht verhindert sey, anfängt, die theilnehmende Thätigkeit des Richters aufhöre.

Auf dessen individuelle Ueberzeugung, daß die Partei in der Wahl der Mittel zu ihrem Zwecke klüger hätte verfahren können, kommt daher durchaus nichts mehr an, sobald kein Zweifel besteht, daß sie mit Freiheit gewählt habe, also wenigstens ihrer formal richtigen Einsicht gefolgt sey.

Es soll aber auch der Richter hier, wo es lediglich darauf ankommt, dem Rechtsgeschäfte eine, dem rechtlichen Interesse aller Theilnehmer angemessene Richtung zu geben, nicht dem Vorwurf einer einseitigen Patrocinanz sich aussetzen. Seine Fürsorge soll sich auf alle Interessen mit gleicher Sorgfalt erstrecken und sie zu identificiren suchen, eine Aufgabe, die keineswegs so gar schwer ist, und in

dem Grade leichter zu lösen seyn wird, als den Richter Liebe zu seinem Berufe beseelt.

Fassen wir das Gesagte zusammen, so ergiebt sich als Resultat:

der Richter soll den in der Verfügung über das Ihrige nicht verhinderten oder sonst beschränkten Parteien seinen Beistand und seine bessere Ueberzeugung nicht aufdringen, vielmehr nur auf Entfernung der Hindernisse ihrer Freiheit hinwirken. Ferner: da er für die Rechtsbeständigkeit des Geschäfts, nicht für den einseitigen Vortheil der Theilnehmer zu sorgen hat, so soll er auch das rechtliche Interesse aller Betheiligten mit gleich durchgehender Sorgfalt und Unbefangenheit wahrzunehmen sich bestreben.

Aber vergesse man nicht: leichter ist es hier den Namen des unbefangenen Mannes zu verdienen, als seinen amtlichen Pflichten ganz zu genügen, und öfter sinkt die natürliche Wärme der Theilnahme bis zum Gefrierpunkte gänzlicher Gleichgültigkeit herab, als sie sich über ihren mittlern Stand, der auch hier der rechte ist, erhebt.

§. 26.

Einige Regeln für das Verhalten des Richters bei der Behandlung der nichtstreitigen Rechtsgeschäfte im Allgemeinen.

Ich kann dieses Kapitel nicht schließen, ohne vorher noch einige allgemeine Regeln des richterlichen Verhaltens bei diesem Zweige der Rechtspflege besonders den Anfängern zum weitern Nachdenken zu empfehlen. Es sind folgende:

1) Man lasse es sich vor allem angelegen seyn, die rechtlichen Interessen aller Theilnehmer eines Rechtsgeschäfts, ohne Vorliebe und einseitige Zunei-

gung, mit gleicher Wärme zu umfassen. Was auch sonst in dem Betragen des Einen oder des Andern unsere Unbefangenheit auf die Probe stellen, vielleicht einen gerechten Widerwillen reitzen mag, wir sollen lernen über dem Richter den Menschen vergessen. Gälte es auch dem Armen, dem Bedrängten gegenüber einem unbilligen Reichen, gegenüber dem hartherzigen Wucherer, wir müssen, da der Zweck die Mittel nicht heiligt, unserer, selbst aus reiner Quelle entspringenden Leidenschaft Gewalt anthun; wir müssen für den Zweck der Unterdrückung der Ungebühr offen in die Schranken treten, und nimmer würde es entschuldigt werden können, wollten wir mittelst verstohlner Cautelen Hinterlist durch Hinterlist abwenden.

2) Aber man meide auch sogar jeden Schein einseitiger Begünstigung. Leicht ist es, zumal bei gewissen kurzsichtigen oder argwöhnischen Parteien, diesem Scheine sich auszusetzen und dadurch seiner Wirksamkeit zu schaden. Oft können an sich unschuldige Handlungen Anstoß verursachen. Ein vielleicht zufälliger freundlicher Blick, eine Höflichkeitsbezeigung, eine vor oder nach der Vornahme des Geschäfts der einen Partei in einer ganz andern Sache verstattete Privatunterredung hat oft schon den argwöhnischen andern Theil um Vertrauen und Ruhe gebracht. Man verschmähe es also auch dießfalls nicht, die Regeln der Behutsamkeit zu befolgen. Denn daß wir nur uns selbst nichts Böses bewußt sind, ist nicht genug; besonders im öffentlichen Amte muß uns das Urtheil Anderer nicht gleichgültig seyn.

3) Daß der Richter auch das Interesse Dritter bei der Verhandlung wahrnehmen müsse, dieß fordert schon die Rechtsbeständigkeit des Geschäfts, also der wohlverstandene Vortheil der Handelnden selbst.

4) Die Einziehung einer vollständigen Information über alle Verhältnisse und einwirkende Umstände des Rechtsgeschäfts in sub- und objektiver Beziehung ist eine wesentliche Bedingung der zweckmäßigen Wirksamkeit des Richters. Er lasse sich also hier keine Mühe verdrießen, aus allen ihm nur immer zu Gebote stehenden Quellen: Akten, von den Parteien mit zur Stelle gebrachten Papieren, oder etwa schon entworfenen Punktationen zu schöpfen. Besonders zweckfördernd ist eine sorgfältige Unterredung mit den Parteien selbst, über die eigentliche Beschaffenheit des Geschäfts, ihre wahre Willensmeinung und Absichten.

5) Auch die Beweggründe der Willens-Erklärung sind daher ein Gegenstand bescheidener Erkundigung, zumal wenn sich auf einer oder der andern Seite ein merkliches Uebergewicht von Vortheilen oder Nachtheilen zeigt, oder das Geschäft ungewöhnliche Modalitäten und Eigenheiten hat. Aber, bescheidene Wißbegierde aus Liebe zur Wahrheit und Gründlichkeit, nicht unziemliche Neugierde muß dabei unser Benehmen leiten.

6) Noch mehr aber hüte sich der Richter durch eine ungeeignete oder doch ungemessene Fürsorge eine Partei selbst auf unnöthige Bedenklichkeiten zu bringen und so vielleicht in ihrem wohlerwogenen Entschluße wankend zu machen. Was auch er, der Richter, immerhin an der Stelle der Partei gethan haben würde, diese hat kein Gesetz für den Gebrauch ihrer rechtlichen Freiheit, als ihre eigene freie Ueberzeugung. Nur zu leicht kann selbst das Belehren in ein Uebermaß ausarten, wenn es über seine gemessenen Grenzen: Bewirkung einer genügenden Einsicht in die gesetzlichen Bestimmungen über Wesen und Folgen einer Willenshandlung, ausschweift und in das Gebiet der Klugheitsregeln sich verirrt,

mit andern Worten: wenn der Richter statt Grundsätzen überhaupt, seine Maximen zu Handeln den Betheiligten als Spiegel vorhält. Die Thätigkeit desselben soll überall mehr dahin gerichtet seyn, über die Willenserklärung, so weit sie ihm zweifelhaft erscheint, und über die Gründe der Willensbestimmung, so weit es zur Hebung der Zweifel über die Erklärung nothwendig ist, sich belehren zu lassen, weniger aber dahin, selbst zu belehren.

7) Um die eigentliche Willensmeinung der Interessenten deutlich zu erkennen, ist, besonders bei gewissen Volksklassen, Kenntniß ihrer Art, Sitte und Sprache, und wo es auf technische Gegenstände ankommt, einige Bekanntschaft mit diesen erforderlich. So wird der Richter, der immer nur das Leben und Treiben in Städten beobachtet hat; eine Gemeinheitstheilung oder einen Vergleich über eine ländliche Dienstbarkeit nicht ohne Besorgniß von Auslassungen, oder von mangelhaften und schielenden Festsetzungen aufnehmen, und der Justizamtmann, der seine ganze Lebenszeit auf dem Lande zugebracht hat, wird sich sehr unbehülflich anstellen, wenn er bei der Errichtung eines Handlungs-Societätsvertrags wirken soll. Jener wie dieser wird, da es ihm in dem fremden Elemente nothwendig an der freien Bewegung fehlt, weder zweckmäßig fragen, noch weniger die Festsetzungen der Interessenten bündig und mit sach- und kunstgerechter Präcision niederschreiben. In einer solchen Verlegenheit, wenn sie doch eintreten sollte, bleiben nur zwei nothdürftige Auswege übrig: entweder Sachverständige beizuziehen, oder dafür zu sorgen, daß die Parteien eine vollständige Punktation einreichen, die man sodann in das gerichtliche Protokoll überträgt. Freilich wird auf diese Weise der Zweck der richterlichen Mitwirkung nur halb erreicht,

und es liegt hierin Aufforderung genug für den Rechtsgeschäftsmann, seine Kenntnisse und Erfahrungen auch auſſer seinem eigentlichen Fache, soviel es seyn kann, zu erweitern, und dadurch allmählig jener glücklichen Vielseitigkeit des praktischen Wissens sich zu nähern, welche eigentlich den rechten Geschäftsmann bezeichnet.

8) Die Hauptrichtung der richterlichen Wirksamkeit muß dahin gehen, künftigen Irrungen und Streitigkeiten aus Anlaß gesetzwidriger oder auch mangelhafter Festsetzungen vorzubeugen. Hier kann der erst (n. 7.) gerügte Mangel an besonderer Erfahrung dem Richter sehr hinderlich werden. Noch mehr aber wird die richterliche Mitwirkung ihres Zwecks verfehlen, wenn der Richter nicht gründliche Rechtstheorie mit Scharfsinn und praktischer Erfahrung verbindet. Jene lehrt ihn die Hindernisse der rechtlichen Möglichkeit des Geschäfts; sein Scharfsinn und seine Geschäftserfahrung zeigt ihm die Wirkungen, die dasselbe in Ansehung des Rechtszustandes der Interessenten hervorbringt, die Gefahren vor den Klippen und Untiefen der Chicane und Verdrehung, und wie er durch Bündigkeit in der Fassung des Instruments jenen Gefahren auszuweichen habe. Es ist also nicht genug, daß er bestimmt weiß, was die Willkühr der Parteien beschlossen hat, und daß dieser Beschluß rechtlich möglich sey; derselbe muß auch gegen alle einseitigen Abänderungen unerschütterlich festgestellt werden. Daß hier nichts fehle, das erwartet man zunächst von ihm, als Sachverständigen.

9) Auch die Anwendung zweckmäßiger Cautelen gehört zur Haltbarkeit des Ganzen. Eine der ersten allgemeinen Cautelen ist, daß durch die Uebereinkunft der Parteien festgesetzt werde, was gesetzlich gar nicht oder zweifelhaft bestimmt ist. Das jus controver-

sum muß uns also in jeder Materie gegenwärtig seyn. Eben so muß man auf die Fassung derjenigen Punkte seine ungetheilte Aufmerksamkeit richten, von welchen uns die Erfahrung sagt, daß darüber am ersten Irrungen unter den Betheiligten entstehen. In jener wie in dieser Beziehung ist es daher sehr zweckmässig und bequem, wenn man sich gedruckter Formularien bedient, worin die wesentlichsten Erkundigungen fragweise ausgedrückt sind *a*).

10) Aber man lasse bei der Anwendung von Cautelen nicht ausser Acht, was oben schon (nr. 1.) gesagt worden. Dem Richter, der mit geschäfts- und rechtsunkundigen Personen doch in der Regel zu thun hat, ist hier eine gefährliche Gewalt anvertraut, wenn er sie mißbrauchen will. Durch ein Wort, eine Wendung, eine unmerklich eingeschobene Clausel kann er sich zum Herrn über Anderer Eigenthum und Rechte machen. Es muß daher bei der Anwendung von Cautelen die strengste Legalität unser Führer seyn; keine einseitige Begünstigung darf dem einen Theile Vortheile zuwenden, die der andere nicht eingeräumt hat. Ueberhaupt darf in einem Instrumente, das Norm für Rechte und Verbindlichkeiten seyn soll, durchaus nichts enthalten seyn, wovon nicht jeder Betheiligte Sinn, Umfang und Folgen deutlich erkannt, und so nach rechtlicher Freiheit den kleinsten Theil wie das Ganze zum Gesetz über sich gemacht hat. Beschwere also der Richter hier sein Gewissen nicht!

11) Es scheint, daß eben in dem Grade, in welchem die Gesetze gewisse Formen und Verkehrs-Modifikationen zum Besten Rechts- und Geschäfts-

---

a) So bediene ich mich z. B. bei Kaufverträgen des Formulars, welches hinten Beilage sub Lit. A. beigedruckt ist.

unerfahrner für nöthig erachtet haben, von Seiten dieser an der Nothwendigkeit derselben gezweifelt wird. „Das wird ja wohl nicht nöthig seyn; dieß „ist wohl nur eine überflüssige Formalität" u. s. w. Diese und ähnliche Einwendungen werden häufig nicht bloß von gemeinen Bürgern und Bauern, sondern auch von Personen gemacht, denen man schon mehr Einsichten zutrauen darf. Wenn man bedenkt, daß zwei nicht unwichtige Umstände: Zeitverlust und Kostenaufwand, gewöhnlich eintreten, wenn der Richter dieses oder jenes Erforderniß defektirt; so kann man es den Parteien so übel nicht nehmen, wenn sie Gegenvorstellungen machen, zumal da wirklich manche Gerichte aus übertriebener Sorgfalt und nicht selten aus Mangel an der Unterscheidungsgabe zwischen dem Wesentlichen und Zufälligen ihre Forderungen übertreiben. Ist der Richter seiner Sache gewiß, so wird er sich durch die einseitigen Vorstellungen der Parteien, und durch Betrachtungen von dem, was bloß ihrer Bequemlichkeit zusagt, nicht irre machen lassen. Er wird die Bedenklichkeiten durch sachgemäße Belehrung zu entfernen suchen; am kräftigsten wird er durch Beispiele lehren und besonders durch die Vorstellung, daß und wie ihr eignes Bestes dabei auf dem Spiele stehe, die Interessenten mit den ihnen lästigen Formen aussöhnen; im übrigen aber wird er seinen Gang gehen. Aber man muß auch die Parteien nicht ohne Noth quälen. Manche Formalität, mancher Nachweis, manche Ergänzung kann gut und nützlich seyn, wenn sie leicht zu bewirken ist, ohne darum absolut nothwendig zu seyn. So wird mancher Defekt z. B. an einer mühseligen Legitimation zur Sache, an einer unvollständigen Quittung ꝛc. bei näherer Betrachtung des Wesens der Sache entweder sofort unerheblich erscheinen, oder

auch durch sorgsame Umsicht des Richters in seinen Akten, durch das Verhältniß der Notorietät u. d. gl. auf kürzerem Wege beseitigt werden können. Gerade die seicht gelehrten Richter machen die meisten Ausstellungen, weil sie ihrer Sache nicht gewiß sind, und im Zweifel lieber nach dem zweideutigen Prinzip sich achten, daß das Ueberflüssige nicht schade. Wer wird z. B. wenn es der Anerkennung einer alten Quittung gilt, die nur von den zerstreuten Erben des Ausstellers, mit lästigen Legitimationen zur Sache zu bewirken wäre, noch viele Weitläufigkeiten machen, sobald erhellt, daß die Schuld, wenn sie auch nicht abgetragen worden seyn sollte, durch Extinctiv-Verjährung erloschen wäre? — Vielen Defekten kann auch dadurch abgeholfen werden, daß den Parteien die Verantwortlichkeit unter den geeigneten Modifikationen zugeschrieben und dabei zugleich Vorsehung getroffen wird, daß ein Dritter durch ein dergleichen mangelhaftes Verkehr nicht getäuscht werden kann.

Der Richter verfahre mit Ordnung und Gründlichkeit, und lasse sich nicht ohne Noth weichherzig und nachgiebig finden, wo nur die Bequemlichkeit kurzsichtiger Parteien ihm Schwierigkeiten in den Weg legt. Aber es sey auch kein unnöthiger Zweifler und kümmerlicher Kleinigkeitskrämer, der nur sich und andere quält, kein engherziger Egoist, der überall nur auf seine höchstmögliche Sicherheit und Deckung Rücksicht nimmt, unbekümmert um das Schicksal der trostlosen Sollicitanten, die unter solchen Umtrieben vielleicht oft bis zur Verzweiflung gebracht werden! *a*)

---

a) Ich habe einen Unterrichter gekannt, (er ist zum Glück für sein und seiner Amtsanbefohlenen Ruhe nun zu den Vätern versam-

12) Der Richter wird nicht nur in dem erst berührten Verhältnisse willfährige Folgsamkeit finden, sondern überhaupt für seine zweckmäßige Wirksamkeit viel gewonnen haben, wenn er sich das Vertrauen der Parteien zu eigen gemacht hat. Dazu ist aber der Ruf unbescholtener Rechtschaffenheit und Unparteilichkeit allein nicht zureichend; man will auch von seinen Einsichten und seiner Geschäftsgewandtheit die Ueberzeugung haben. Selbst dem Bauer ist es nicht genug, daß es der Richter bloß ehrlich mit ihm meint; er erwartet noch etwas mehr von dem Manne, dessen Besorgung er sein Wohl oder Wehe überläßt. Daß derselbe übrigens auch durch sein äusseres gefälliges und zuvorkommendes Betragen, durch Reinheit der Sitten in jeder Beziehung, und durch Würde und Anstand bei der Geschäftspflege sich Achtung und Zuneigung und auch damit jenes Vertrauen erwerben müsse, braucht wohl keiner besondern Empfehlung.

13) Um die erforderliche Geschäftsgewandtheit sich zu eigen zu machen, versäume der Anfänger vornämlich das Lesen der Akten und die Benutzung guter Formularien nicht. Zwar sind nicht alle Akten gut geschrieben, also auch nicht musterhaft; aber in einer angefüllten Registratur hat man ja die Wahl.

---

melt!) der vor lauter ängstlicher Pünktlichkeit Darlehens- Hypothek- und ähnliche Verschreibungen, von deren promter Ausfertigung oft seiner creditbedürftigen Gerichtsuntergebenen ganze bürgerliche Existenz abhing, zu Bergen anschwellen ließ, weil er sich scheute, durch deren Bestätigung und Ausfertigung ihnen die Vollendung zu geben. Er hätte mit dieser indolenten Maxime eigentlich die Regreßklagen sich zuziehen sollen, die er vermeiden wollte; er würde es auch, wenn leider nicht das Nichtsthun der Regreßnahme mehrere Schwierigkeiten entgegensetzte, als das Thun.

Der Leser der Akten gewinnt auf jeden Fall dadurch daß er seine Erfahrungen in materieller und formeller Hinsicht erweitert, die Manipulationen des Geschäftsganges kennen lernt, und sich, so zu reden, an geschäftsmäßiges Denken gewöhnt. Nur aus Akten wird er mit einer Menge kleiner Handgriffe und Einzelheiten der Behandlung sich vertraut machen, die ohne die Anschauung ihm unbekannt geblieben, oder in einer andern Gestalt von ihm sich vorgestellt worden wären, z. B. die äussere Form eines Inventariums, einer Rechnung, eines Cassen-Extrakts ꝛc. Die geschriebenen Akten enthalten übrigens wirklich geschehene Sachen und sind schon in sofern anziehender als bloße Formularien oder gedruckte Akten, die doch mehr nach Willkühr componirt sind, und bey dem Zweifel, ob sich auch der vorgetragene Fall mit allen seinen Haupt- und Nebenumständen im wirklichen Leben wirklich so und nicht anders zugetragen, also bei dem Bedenken gegen die Wahrscheinlichkeit auch großen Theils das Interesse verlieren. Was die Formularien anlangt, so ist deren Gebrauch nicht unbedingt räthlich, sondern nur mit sorgfältiger Prüfung und Auswahl. Sie müssen uns mehr zum Spiegel oder zur Controlle bei unsern eigenen Arbeiten dienen; wir müssen weniger davon zur sclavischen Nachahmung uns absehen, als sie zur Probe gegen Auslassungen anwenden. So kann z. B. ein gutes Formular eines Pachtcontrakts über ein Landgut mit den Anschlägen dem minder Geübten recht nützlich werden. Er wird davon Anlaß nehmen, über manche ihm vielleicht neue Gegenstände der Feldwirthschaft von Sachverständigen Belehrung zu suchen, und dann auf jeden Fall mit mehr Selbstvertrauen selbst Hand an die Aufnahme eines dergleichen Geschäfts legen. Aber es werden dem Anfänger, was selbst dem

ältern Praktiker begegnet, natürlich noch häufiger Fälle vorkommen, wo er sich weder aus Akten noch aus Formularbüchern Raths erholen kann. Ist er indessen nicht ganz Neuling, so wird ihm eine aufmerksame Betrachtung des Wesens und Zwecks des vorliegenden Geschäfts mit Hülfe der Analogie sicher aus der Verlegenheit helfen. (Einl. §. 7. n. 3.)

Endlich glaube ich nicht, daß mich der Vorwurf der Schwärmerei oder eines unzeitigen Moralisirens treffen wird, wenn ich den angehenden Richter zum Schluß erinnere,

14) daß er sich in Zeiten vor zwei gefährlichen Krankheiten des Praktikers zu verwahren suche, vor dem Schlendrian und Geschäftsüberdruß. Wer es sich zur Gewohnheit macht, die Geschäfte nur nach einem vom Herkommen bestimmten Gang gedankenlos fortzutreiben, in dem wird für die Entwickelung des höhern geistigen Lebens und für dessen fruchtbare Anwendung sicher bald wenig zu finden seyn. Noch bedenklicher ist die zweite Krankheit; denn während der Schlendrianist doch wenigstens noch handwerksmäßig fortarbeitet, fördert Geschäftsüberdruß nicht nur nichts Gutes, sondern wirkt sogar Schlechtes; erzeugt Uebereilung und Hudelei und jene unselige Sucht, nur fertig zu werden, und das lästige Geschäft, gleichgültig wie, sich vom Halse zu schaffen. Wie gefährlich, gerade hier, wo so vieles Einem ohne Aufsicht und Controlle überlassen ist, und Fehler der Uebereilung oft nicht mehr gut zu machen sind! — Das wirksamste Verwahrungsmittel dagegen ist dem Richter — sein Gewissen bei der Betrachtung der Wichtigkeit dessen, was hier seiner Verwaltung anvertraut ist und des hohen Zweckes seiner Thätigkeit. Einladend oder abschreckend, anziehend und unterhaltend oder langweilig und ver-

drießlich — darauf kann hier ganz und gar nichts ankommen. Aber sollte denn die Ueberzeugung von der in jedem Falle sich neu zu erwerbenden Verdienstlichkeit nicht schon für sich Liebe zur Sache erzeugen? — Denke man sich überdieß die Mannigfaltigkeit der hier vorkommenden Gegenstände, das Treiben der Menschen in so abwechselnden Situationen und Richtungen des Verkehrs —; sollte die Gelegenheit, hier nicht zu beobachten allein, sondern selbst mitzuwirken, selbst thätig zu seyn für die Verschmelzung feindselig sich berührender Interessen in ein Ganzes, sollte dieß alles nichts Anziehendes haben? Und — mag auch der Richter in streitigen Fällen immer mehr Gelegenheit haben, mit seinen Talenten und seiner Wissenschaft zu glänzen; unbemerkter zwar, aber größer ist das Verdienst, das er sich im nichtstreitigen Verfahren bereitet; denn hier hat ihm die Regierung mehr anvertraut, als dort; verborgener aber dauernder ist sein Verdienst, denn die Saat, die er hier ausstreut, wird sein Gedächtniß im dankbaren Andenken ganzer Familien und Gemeinheiten erhalten, wenn seine Verdienste als geschickter Instruent und gelehrter Urtheilsfasser mit den Akten, die davon allein zeugen, längst im Staube der Registraturen begraben sind.

Drittes Kapitel.

Nothwendige Eigenschaften des Gerichts als erstes Erforderniß der Instruktion eines Rechtsgeschäfts.

§. 27.

Zusammenhang.

Hier und in den drei folgenden Kapiteln soll von den nothwendigen Erfordernissen der gesetzmäßigen Instruktion eines Rechtsgeschäfts gehandelt und gezeigt werden,

1) wie das Gericht vor allen seine Eigenschaft selbst zum Gegenstande seiner Prüfung machen, hiernächst aber untersuchen müsse:

2) die Eigenschaft, Fähigkeit und Legitimation, des Subjekts des Rechtsgeschäfts — IV. Kapitel —;

3) den Inhalt (Gegenstand und Modalitäten) des Geschäfts — V. Kapitel —

4) wie die Beurkundung desselben zweckmäßig vorzunehmen — VI. Kapitel —.

Denn zuvörderst muß das Gericht so beschaffen seyn, daß es die Handlung mit rechtlicher Gültigkeit vornehmen kann; hiernächst müssen die Parteien zu dem Geschäfte beglaubigt und fähig seyn; ferner muß das Geschäft sowohl in Rücksicht auf seinen Gegenstand, als auf die Art und Weise, wie es zu Stande gekommen, den gesetzlichen Forderungen seiner Gültigkeit und Zuverlässigkeit entsprechen, und endlich muß für dessen künftigen Beweis gehörig gesorgt werden.

In

In den folgenden §§. 28 bis 33 werden nun verschiedene Eigenschaften und Verhältnisse einer nähern Prüfung unterstellt werden, welche auf die Möglichkeit, daß der Richter ordnungsmäßig wirksam werden könne, Einfluß haben.

§. 28.

α) Das Gericht muß competent seyn.

Die Frage nach der Competenz ist bei den freiwilligen Rechtsgeschäften vermischter Natur eben so wesentlich, als bei den streitigen Sachen. Ob es der ordentliche Richter der Person oder der Sache seyn müsse, das hängt von der Beschaffenheit des Geschäfts ab. Die vor dem unzuständigen Richter vorgenommene Handlung würde nichtig oder wenigstens zwecklos seyn; zwecklos insofern, als sie nur die Wirkung einer aussergerichtlichen Handlung auch wohl nur einer Punktation haben würde, die nothwendig vor dem ordentlichen Richter wiederholt werden müßte. Es können sich indessen Fälle ereignen, wo auch eine dergleichen incompetente Handlung nützlich vorgenommen wird. Ich rede nicht von dem Fall eines Einverständnisses zwischen zwei benachbarten Gerichtsstellen, die etwa nach ihrer gegenseitigen persönlichen Convenienz dergleichen Gerichtsstands-Prorogationen vornehmen. Eine zweckwidrige Arrondirung der Gerichtsbezirke (die freilich oft auch ohne große Schwierigkeiten nicht zu ändern ist) kann dazu Anlaß geben, und es ist nicht zu leugnen, daß auch hier gute Nachbarn sich ihren Dienst erleichtern können. Denke man sich den Fall, daß in dem zu dem Justizamt A. gehörigen Orte B. ein Kranker eine gerichtliche Vollmacht ausstellen müßte. Der Ort B. ist 6 Stunden von dem Amtssitz, A. dagegen

nur eine halbe Stunde von dem Sitze des Justiz=amts C. entfernt. Hier mag der Justizamtmann zu A. allerdings eine dringende Veranlassung haben, den Beamten zu C. zu ersuchen, statt seiner den Akt in B. vorzunehmen. Doch darauf ziele ich hier nicht, wie ich denn auch nicht behaupten möchte, daß dergleichen Einverständniß ohne Genehmigung der vorgesetzten Behörde rechtlich Statt finde. Denke man sich aber folgenden Fall. Das Landgericht Erlangen hat ein Amtsgeschäft in dem zu seinem Amtsbezirke gehörigen Orte D. In dem nämlichen Orte befinden sich auch Gerichtsholden des Patrimonialgerichts E. Während der Anwesenheit des Landrichters erscheint vor demselben der Sohn eines zu jenem Patrimonialgerichte gehörigen Bauers und bittet Namens seines plötzlich bedenklich erkrankten Vaters, daß sich der Landrichter in seine Behausung verfügen möge, indem jener Willens sey, ihm, (dem Sohne) seinen Hof zuschreiben zu lassen. Daß zu dieser Handlung nicht der Landrichter, sondern nur der Patrimonialrichter befugt sey, leidet keinen Zweifel. Allein der letztere hat seinen Sitz 3 Stunden entfernt, und es ist überdieß zweifelhaft, ob man ihn auch zu Hause antreffen werde. Der Landrichter wird sich also hoffentlich nicht bedenken, den scheinbaren Eingriff in die fremde Gerichtsbarkeit zu machen, und die Handlung vorzunehmen. Er wird jedoch das aufgenommene Protokoll unverweilt dem Patrimonialgericht E. zufertigen und demselben das Weitere überlassen. Fälle dieser Art können in Gegenden, wo die Verfassung eine Ausübung der Patrimonialgerichtsbarkeit über zerstreute Gerichtsholden zuläßt, sich wohl öfter ereignen. Daß übrigens der Patrimonialrichter unter gleichen Umständen das Nämliche thun könne, folgt nicht bloß aus dem Grundsatze der

Reciprocität, sondern eigentlich schon aus Gründen der Humanität.

§. 29.

β) Eine prorogatio fori voluntaria findet bei den vermischtfreiwilligen Rechtsgeschäften nicht statt.

So wenig die Parteien bei den vermischtfreiwilligen Rechtsgeschäften befugt sind, selbige mit Umgehung des Richters für sich abzumachen, so wenig hängt hier die Wahl des Richters von ihrer Willkühr ab. Denn es kommt hier auf Thätigkeitsäusserungen an, wozu nur der vom Gesetz bestimmte oder der ordentliche Richter fähig ist, weil nur er die Kenntniß von den subjektiven und objektiven Verhältnissen des Geschäfts hat, wodurch seine zweckmäßige Wirksamkeit bedingt ist.

§. 30.

γ) Das Gericht muß gehörig besetzt seyn.

Wenn das Gericht vollständig besetzt seyn soll, so muß es aus einer richterlichen Person und einem Aktuar bestehen, der das Protokoll führt. Weniger als zwei Personen: 1) eine solche, welche für den Rechtszustand der Parteien richtend (es sey nun entscheidend oder, wie bei den freiwilligen Gerichtshandlungen, leitend und ordnend) wirksam ist, oder ein Richter, und 2) eine solche, welche diese Wirksamkeit beurkundet — Aktuar, Gerichtsschreiber, — können unbeschadet des Wesens eines Gerichts nicht seyn, wenn gleich, wie wir hernach sehen werden, die Funktion der zweiten Person eine Vertretung zuläßt, was in Ansehung der ersten nie

seyn kann *a*). Es ändert übrigens nichts an der Wesentlichkeit des Erfordernisses, daß der Aktuar in anderer Beziehung gegen den Richter als Subaltern erscheint, und daß der Richter die Hauptperson ist, der Aktuar aber zu den Nebenpersonen des Gerichts gerechnet wird. Der Richter ist nur Hauptperson des Gerichts sofern als er das Organ der Rechtspflege und die deßfallsige Gewalt des Regenten ihm anvertraut ist; ferner aus der Rücksicht, weil die Nebenpersonen und namentlich auch der Aktuar unter seiner Leitung stehen. Aber in seiner Funktion der Beglaubigung ist der Aktuar ganz unabhängig von dem Richter, und muß es auch seyn; und in der von Richter und Aktuar gemeinschaftlich vollzogenen Handlung ist der letztere eben so principaliter thätig, wie der erstere. Rechnen wir also lieber den Aktuar unter die Hauptpersonen des Gerichts und unter die Nebenpersonen des Richteramts, sofern als ihm zugleich der Expeditions- und Registratur-Dienst mit obliegt *b*). Die Sache beruht übrigens, wie man aus den angedeuteten Verhältnissen leicht einsehen kann, keineswegs auf einem bloßen Wortstreite.

---

a) Es ist also schon um deßwillen unrichtig, wenn man annimmt (wie Fredersdorf in der Anweis. für angeh. Justizbeamte Th. II. S. 232. §. 6.), daß der Aktuar ein Protokoll auch in Abwesenheit des Richters gültig aufnehmen könne, und also des letztern Gegenwart bei der Handlung kein wesentliches Erforderniß sey. Mehreres hierüber unten im VI. Kapitel. Die Praktiker lassen sich oft durch Angewöhnung, oft durch eigenes Interesse leicht verleiten, einen eingeschlichenen Mißbrauch allmählig für Gerichtsbrauch zu halten.

b) Vergl. Martin's Lehrb. des Prozesses. §. 38.

Die Person des Richters kann eine physische, auch eine moralische seyn. Es kann nämlich entweder nur ein Individuum seyn, das an dem Richteramte Theil nimmt, oder es können deren mehrere seyn. Wo nur eine Person das Richteramt bekleidet, wird die Handlung mit Beiziehung des Aktuars vorgenommen, es sey nun am Orte des Gerichts oder auswärts, versteht sich, immer innerhalb des Gerichtssprengels.

§. 31.

Von Deputationen und Commissionen a).

Wird etwas ausserhalb der gewöhnlichen Gerichtsstelle (locus judicii), es sey nun in dem nämlichen Orte oder anderswo verhandelt, so geschieht dieß durch einen Deputirten oder Commissarius, der nach Verschiedenheit des Geschäfts und der zu dessen Legalität besonders erforderlichen mehrern oder mindern Befähigung eine Richteramtsperson oder ein Subaltern ist. Besteht das Richteramt nur aus einer physischen Person, so findet keine eigentliche Commissionsabordnung statt; sondern da, wo eine Person mit richterlicher Qualifikation (wozu besonders gehört, daß sie den Richtereid abgeleistet habe) erforderlich ist, muß der Richter selbst das Geschäft vornehmen. Auch an gewöhnlicher Gerichtsstelle geschehen bei Gerichten mit collegialischer Verfassung

---

a) Rutger Ruland de commissariis et commissionibus Camerae Imper. Neueste Ausg. Frankf. 1723.
Leyser Spec. 28.
J. A. Boehmer Jus Eccl. Prot. Tom. I. L. I. Tit. 29.
Glück's Pand. Comm. T. III. §. 197. ff.

die mündlichen Verhöre, also die mündliche Instruktion von Prozessen und einzelne zu einer schriftlich verhandelten Sache gehörige Verhandlungen, z. B. die Vorlegung von Urkunden, Vernehmung von Zeugen, Publikationen ꝛc. vor einem Deputirten oder Commissär, welche Benennungen gewöhnlich als gleichbedeutend gebraucht werden, wenn schon zwischen einem Deputirten und einem Commissarius eigentlich ein wesentlicher Unterschied Statt findet. Denn wenn gleich beide darin übereinkommen, daß ihnen die Ausübung einer Gerichtsbarkeitsbefugniß statt eines Andern übertragen wird, der eigentlich dazu berechtigt ist, und daß sie diese Befugniß nur an Statt des Berechtigten ausüben; so sind sie doch in folgenden Stücken merklich von einander verschieden: 1) der Deputirte kann für einzelne Gerichtshandlungen, auch für die ganze Instruktion einer Sache, nicht aber für die Entscheidung in contentiosen Fällen, und nicht für die richterliche Bestätigung in nichtstreitigen Rechtssachen deputirt werden; dagegen kann dem Commissarius dieses alles übertragen werden. 2) Der Auftrag an den Deputirten hat seinen Grund in einem Hinderniße des deputirenden Gerichts, das jedoch in dem ordentlichen Organismus des Geschäftsganges oder in der Verwaltungsordnung liegt; bei dem Commissarius ist ebenfalls ein Hinderniß des gehörigen Gerichts der Grund, aber ein ausserordentliches, indem hier der ordentliche Richter aus besondern Gründen nicht thätig seyn kann. 3) Deputationen geschehen aus Auftrag des ordentlichen Richters, Commissionen aus Auftrag eines Andern. 4) Der Deputirte handelt Namens des deputirenden Gerichts und übt nur dessen Gerichtsbarkeit in den Grenzen der Uebertragung aus, der Commissarius aber

eine ihm zur Ausübung in eigenem Namen übertragene. Daher kann auch 5) nicht von dem Deputirten an das abordnende Gericht (gleichsam ab eodem ad eundem), wohl aber von dem Commissarius an den Committenten, wenn dieser der unmittelbare Oberrichter ist, appellirt werden. 6) Ein Deputirter wird von jedem, auch von einem Untergericht ernannt, der Commissarius aber, als ein statt eines Andern selbstständig auftretender Richter, nur von der Justizgewalt im Staate, oder von der Obergerichtsbehörde vermöge der dieser aufgetragenen und besonders durch die Aufsicht auf die untergeordneten Behörden realisirten Gewalt. Der Deputationsauftrag allein hat also seinen Grund in der administratorischen Gerichtsbarkeit, der Commissionsauftrag aber in der Jurisdiktion, als Ausfluß der höchsten Gewalt betrachtet. Endlich 7) hat die Ernennung eines Deputirten nirgends einige Bedenklichkeit; dagegen kann ein Commissarius nur aus triftigen Gründen ernannt werden, schon um deßwillen, weil niemand seinem ordentlichen Richter entzogen werden darf *a*).

§. 32.

d) Das Verfahren, wenn das Gericht nicht mit einem ordentlichen Aktuar versehen ist.

Wenn der Richter, wie es bei kleinen, besonders Patrimonialgerichten öfters der Fall ist, mit einem ordentlich angestellten Aktuar nicht versehen ist, so ist in den Partikular-Gerichtsordnungen gewöhnlich vor-

---

a) v. Grolman's Theorie des gerichtl. Verfahrens §. 137. (IV. Aufl.)

geschrieben, daß dessen Stelle ein verpflichteter Schreiber zu versehen habe, oder wenn der Richter selbst das Protokoll führt, zwei in Beziehung auf ihr Verhältniß zu diesem Richter einwandsfreie männliche Zeugen (Gerichtsbeisitzer, Schöppen) beigezogen werden müßen, in deren Gegenwart das Protokoll den Betheiligten vorzulesen und dasselbe von ihnen mit zu unterschreiben ist. Wo dieß nicht ausdrücklich verordnet ist, glauben die Praktiker, sey auch das von dem Richter allein aufgenommene Protokoll beweisfähig, wenn derselbe nur namentlich und ausdrücklich als Aktuar mit verpflichtet sey *a*). Allein hier liegt der Grund nicht in dieser Verpflichtung, am wenigsten wenn man sich dieselbe als willkührlich vorstellt, sondern in der besondern gesetzlichen Vorschrift, welche erlaubt, daß der Richter selbst das Protokoll schreibe, als Controlle gegen ihn aber bald die Zuziehung zweier Zeugen, bald eine besondere eidliche Verpflichtung anordnet. Ein zugleich zum Protokoll vereidigter Richter kann also zwar die Vices des Aktuars vertreten, aber nicht jeder kann sich nach Belieben hierzu habilitiren lassen, sondern nur, wenn es das Gesetz und die Verfassung erlaubt. In legislativer Rücksicht ist es übrigens nicht rathsam, die Richter mit einer doppelten Eidespflicht zu belasten, da vielen eine allein oft schon beschwerlich genug wird *b*).

---

a) Leyser Spec. 27. m. 7.
Danz Grundsf. des ord. Proz. §. 45. S. 145. (IV. Ausg.)

b) Es ist überhaupt kein Grund abzusehen, warum man dießfalls von der zweckmäßigen Bestimmung des canonischen Rechts abweichen sollte, welches verordnet: quoniam contra falsam assertionem iniqui judicis innocens litigator quandoque non potest veram negationem probare, cum

§. 33.

ε) die Einleitung des Verfahrens nach Verschiedenheit des Gerichts-Organismus.

Nach Verschiedenheit der Besetzung des Gerichts ist auch das Verfahren verschieden, welches bei der Einleitung zur Behandlung des Rechtsgeschäfts beobachtet wird. Voraus geht ordentlicher Weise die Meldung der Partei zur Vornahme des Geschäfts. Darüber wird ein kurzes Anmeldprotokoll aufgenommen und die Sache zur weitern Resolutionsfassung dem Gerichte vorgelegt. Es können aber auch zur Vereinfachung des Geschäfts nach Beschaffenheit der Umstände die Parteien auf mündliches Anbringen dahin sofort mündlich beschieden werden, sich an dem bestimmten Tage vor Gericht einzufinden, und was zur Verhandlung der Sache erforderlich ist, mit zur Stelle zu bringen oder sonst zu beobachten. Auch kann, wenn sonst kein Anstand obwaltet, der Akt sofort vorgenommen werden. Man kann hierbei überhaupt folgendes bemerken:

A. Bei Gerichten mit collegialischer Verfassung ist

1) gewöhnlich ein Gerichtsmitglied oder ein Subaltern mit der protokollarischen Aufnahme solcher

---

negantis factum per rerum naturam nulla sit directa probatio, — statuimus, ut tam in ordinario judicio quam extraordinario judex semper adhibeat aut publicam (si potest habere) personam aut duos viros idoneos, qui fideliter universa judicii acta conscribant. — — Judex autem, qui constitutionem ipsam neglexerit observare, si propter ejus negligentiam quid difficultatis emerserit, per superiorem judicem animadversione debita castigetur, nec pro ipsius praesumatur processu, nisi quatenus in causa legitimis constiterit documentis. C. 11. X. de probat.

Anmeldungen ein für alle Mal beauftragt. An dieses Individuum werden also die sich einfindenden Parteien gewiesen.

2) Ist diese Gerichtsperson ein für alle Mal autorisirt, gewisse Arten von Geschäften Namens des Gerichts vorzunehmen (ein beständiger Deputirter) und der Gegenstand der Anmeldung eignet sich dafür; so bedarf es nicht der Aufnahme eines besondern Anmeldprotokolls, sondern dieser Deputirte veranlaßt ohne weiters das Erforderliche, um das Geschäft sogleich oder zu einer andern Zeit vorzunehmen, alles nach Gelegenheit der Umstände: der mehrern oder mindern Dringlichkeit der Sache, der Vorbereitung der Interessenten und seiner eigenen Muße.

3) Ist dieß aber nicht der Fall, so wird das Anmeldprotokoll dem Collegium durch das vortragende Gerichtsmitglied (Decernent, Proponent) vorgetragen, und wenn sich nichts dabei zu erinnern findet, der Beschluß durch ein Dekret gefaßt: daß dem Gesuch zu willfahren, und die Parteien auf den . . . mündlich oder schriftlich vor den Deputirten N. vorzuladen. Dieser Deputirte setzt dann den Termin an, und die schriftliche Vorladung ergeht unter dem Namen des Gerichts. *a*) Von dem weitern Verfahren über die Aufnahme der Hauptverhandlung zum Protokoll, den Beschluß darauf und die Verbriefung wird unten (im VI. Kap.) die Rede seyn.

B) Besteht das Gericht nur aus Einer richterlichen Person, so ist das Verfahren durchaus wie vorhin unter A. 2. angegeben worden. Durch die Anordnung besonderer Amts- oder Gerichtstage, in welchen der Richter zuverlässig in dem Amtslokale

---

a) Vergl. Formular Beil. Lit. B.

anzutreffen ist, muß Vorsehung getroffen werden, daß die Parteien nicht vergeblich vor Gericht laufen müßen. Trifft sichs ja, daß auch an einem solchen Tage der Richter wegen dringender auswärtiger Verrichtungen nicht gegenwärtig seyn kann, so muß doch durch Aufstellung eines vertrauten Schreibers Vorsehung geschehen, daß die Partei wenigstens nicht zum zweiten Mal der bloßen Anmeldung wegen zum Gerichtssitze zu reisen hat.

C) Besteht das Gericht zwar nicht aus einem ordentlich formirten Collegium, es sind aber demselben gewisse Gehülfen unter dem Namen von Assessoren, zweiten Justizbeamten, Adjuncten u. d. gl. mit richterlicher Befähigung vermöge ihrer Bestellung und durch den abgeleisteten Richtereid, wenn schon ohne eine entscheidende Stimme, zugeordnet; so kann der Richter,

a) wenn er gegenwärtig ist, sofort einem dergleichen Individuum das Geschäft (versteht sich überall mit Zuziehung eines Protokollführers) von kurzer Hand übertragen;

b) in seiner Abwesenheit aber wird wie ad A. 2 und 3. verfahren.

c) Ist die Abwesenheit oder Verhinderung des Richters dauernd, so hat ein solcher Gehülfe die ihm ordnungsmäßig übertragene Funktion des Vorstandes auch rücksichtlich der sonst dem Richter vorbehaltenen wesentlichen Beschlüsse geltend zu machen. Ueberhaupt muß bei jedem Gericht die Einrichtung bestehen, daß weder eine vorübergehende noch eine länger dauernde Abwesenheit des Richters einen Stillstand in der Rechtspflege veranlasse.

Viertes Kapitel.

Subjekt des Rechtsgeschäfts.

§. 34.

Erfordernisse im Allgemeinen.

Hier muß sich der instruirende Richter folgende Fragen beantworten lassen:

Ist die vor Gericht handelnde Person diejenige, wofür sie sich ausgiebt?

Handelt sie in eigener Sache und hier

a) ihrem natürlichen und bürgerlichen Zustande nach fähig? (hat sie personam standi in judicio?) und

b) berechtigt? Ist sie also die Person, welche die Sache als die ihrige angeht; ist sie zur Sache legitimirt?

Handelt sie für einen Andern und ist sie durch den von diesem als dem Berechtigten erhaltenen Auftrag legitimirt. — Es ist also vor allen festzustellen:

A. Die Identität;
B. Die Fähigkeit zu handeln;
C. Die Legitimation zur Sache; und endlich nach Gelegenheit
D. Die Legitimation zum Prozesse.

A. Identität des Rechtssubjekts.

§. 35.

Deren Feststellung.

Der Punkt der Identität, oder daß die Parteien wirklich diejenigen seyen, wofür sie sich ausgeben,

muß leichtbegreiflich vor allen im Reinen seyn. Es muß daher, wie man sich hievon überzeugt habe, — also entweder durch Anerkennung von Seiten des Gerichts selbst, oder wenn es unbekannte Leute sind, durch Recognition von bekannten glaubwürdigen Personen, — gleich im Eingange des Protokolls bei deren namentlicher Erwähnung bemerkt werden. Vornämlich darf diese Vorsicht bei letztwilligen Verordnungen nicht auſſer Acht gelassen werden. Bei Gerichten von kleinerm Umfange hat die Sache weniger Schwierigkeit als bei grössern Gerichten und insonderheit in großen Städten. In Ermanglung anderer Recognitions-Zeugen kann die Anerkennung auch wohl von Mitcontrahenten genügen, wenn das Verhältniß so ist, daß sie mit einer falschen Angabe offenbar sich selbst und nur sich schaden würden, nicht aber wenn die Unwahrheit ihnen irgend zum Vortheile gereicht, oder ein Dritter gefährdet werden könnte.

B. Rechtsgeschäfts-Fähigkeit.

§. 36.

Arten der Unfähigkeit überhaupt.

Der Fähigkeit, ein Rechtsgeschäft überhaupt oder von gewisser Art vorzunehmen, können Hindernisse entgegenstehen, die ihren Grund in persönlichen Eigenschaften des Handelnden haben, und nun näher betrachtet werden sollen. Ein dergleichen Hinderniß steht

A) der Fähigkeit, Rechtsgeschäfte überhaupt vorzunehmen entgegen, oder

B) nur der Fähigkeit, ein Geschäft der vorliegenden Art vorzunehmen, oder endlich

C) es wirkt nur eine Beschränkung in der ungehinderten Vornahme des Geschäfts. Im ersten Fall tritt eine absolute, in Hinsicht auf das handelnde Individuum unheilbare, Unfähigkeit ein, im zweiten eine beziehungsweise Unfähigkeit, im dritten nur eine beschränkte Fähigkeit.

Der Richter muß daher bei jedem vor ihn gebrachten Geschäfte vor allen die Fähigkeit der Handelnden zum Gegenstande seiner Prüfung machen, und es kann dem Anfänger das nachstehende Verzeichniß nach den drei bemerkten Beziehungen zum Leitfaden dienen. Das Resultat der angestellten Prüfung ist daher auch vor allen in dem Protokolle zu vermerken und zwar gleich nachdem die Veranlassung der Verhandlung erwähnt und wer dazu als Betheiligte erschienen bemerkt ist, gewöhnlich (wenn kein dergleichen Hinderniß eintritt) mit der Clausel:

daß sich in Ansehung der Dispositionsfähigkeit der Erschienenen kein Anstand ergeben *a*).

Uebrigens wird noch bemerkt, daß hier nur von den Hindernissen die Rede ist, die ihren Grund bloß in persönlichen Verhältnissen ausser oder auch in der Beziehung auf den Gegenstand des Rechtsgeschäfts haben. Von den bloß objektiven Hindernissen wird im folgenden V. Kapitel auf A. gehandelt werden.

§. 37.

A) Absolute Unfähigkeit.

Absolut unfähig ein Rechtsgeschäft vorzunehmen sind

1) Kinder unter 7 Jahren,

---

a) Siehe Form. Lit. C.

2) Rasende und Wahnsinnige als des Vernunftgebrauchs gänzlich beraubt. Hier ist aus physischen Gründen keine Einwilligung möglich, folglich auch kein Rechtsgeschäft.

Mit einem sehr unsichern Maßstabe für die Grade-Messung und schon um deßwillen mit wenig praktischem Nutzen rechnet man hieher auch die im höchsten Grade Betrunkenen. Der Zustand des gestörten Vernunftgebrauchs des Höchstberauschten ist überdieß nur vorübergehend, auch nicht von Beurtheilung einer in diesem Zustande vollbrachten Handlung hier die Rede, sondern nur davon, eine Handlung nicht geschehen zu lassen, bis man vollständig versichert seyn kann, daß das Hinderniß gehoben sei. Hier wird also der Richter keine ängstliche Untersuchung anzustellen brauchen, vielmehr kurzen Prozeß machen und nicht nur dem im höchsten Grade Betrunkenen die Thüre weisen, sondern überhaupt zu Geschäften, welche ruhige Ueberlegung fordern, niemand zulassen, der durch seine Aeusserungen einen durch geistige Getränke oder sonst ungewöhnlich gereitzten Gemüthszustand verräth. Darum ist auch ehehin besonders die frühe Tageszeit, weil sie an sich eine Gewährschaft der Nüchternheit zu geben pflegt, für die rechte zu Gerichtshandlungen angenommen worden.

Praktischer ist die Frage: wiefern der periodisch Wahnsinnige (der Rasende unterscheidet sich von dem Wahnsinnigen nur dadurch, daß bei jenem der Wahnsinn in gewaltthätige Handlungen ausbricht) in lichten Zwischenräumen *a*) geschäftsfähig werde?

---

a) Vergl. J. C. Hoffbauer, die Psychologie in ihren Hauptanwendungen auf die Rechtspflege ꝛc. (Halle 1808. 8.) §. 100 fgg.

Daß dieser Zustand der wiederkehrenden Vernunft wirklich eingetreten, fordert auf jeden Fall einen vollständigen Beweis, wenn die Zuverlässigkeit der Willenserklärung in der Folge nicht Anfechtungen ausgesetzt werden soll. Die Rückkehr des ungestörten Vernunftgebrauchs kann oft nur scheinbar seyn *a*). Hier ist also dem Richter höchste Behutsamkeit zu empfehlen, eine sorgfältige Beobachtung und nach Befinden die Beiziehung eines Arztes. Wie man sich von der Fähigkeit des periodisch Wahnsinnigen überzeugt habe, muß umständlich zu Protokoll genommen werden; und zwar in einem Nebenprotokolle, worauf sich in der Hauptverhandlung bezogen wird. Dem Zartgefühle des Richters darf man übrigens zutrauen, daß er in dem Hauptprotokolle, auch bei Anführung der bloßen Resultate der Untersuchung mit der nöthigen Schonung zu Werke gehen, und von jenen Verhältnissen mehr andeutend als ausdrücklich Meldung thun wird (s. Form. Lit. D.), damit nicht der unglückliche Zustand gleichsam zu einem Gegenstande der urkundlichen Aufbewahrung ohne Noth gemacht werde. Hier ist einer von den Fällen, wo man sich durch mißverstandene Pünktlichkeit leicht den Vorwurf der Inhumanität zuziehen kann. Im übrigen gehört auf jeden Fall ein solcher Mensch in die Classe der beschränkt

---

a) Nicht überall, sagt Hoffbauer a. a. O. (in Note 2. zu §. 93. S. 109.), wo man den Wahnsinnigen nicht wahnsinnig urtheilen und handeln sieht, ist man befugt, eine helle Zwischenzeit anzunehmen. Wo diese seyn soll, muß der Wahnsinnige seinen Irrthum nicht bloß vergessen haben, sondern er muß davon für die Zwischenzeit zurückgekommen seyn, so daß der Irrthum, den er in Anfällen des Wahnsinns hegt, von ihm alsdann für Irrthum erkannt wird.

schränkt Fähigen, wovon auf C (§. 40. nr. 19.) die Rede seyn wird, und wenn er nicht ohnehin unter Curatel steht, so macht er eine besondere Beistandschaft immer nothwendig.

§. 38.

B) Beziehungsweise Unfähigkeit.

Eine beziehungsweise (hypothetische) Unfähigkeit kann aus verschiedenen Ursachen eintreten:

a) wegen gehinderter Dispositionsfreiheit des Subjekts über sein Vermögen. Deßfalls sind zu bemerken:

3) Unmündige (Pupillen) und Minderjährige; letztere sind diejenigen, welche zwar das letzte Jahr der Unmündigkeit (das 14te bei Mannspersonen, das 12te bei Frauenspersonen) vollendet *a*), jedoch die Jahre der Großjährigkeit noch nicht erreicht, nach röm. Recht das 25. Jahr ohne Unterschied des Geschlechts noch nicht zurückgelegt haben. Die Verträge mit Pupillen und Minderjährigen werden hinkende genannt (contractus claudicantes), weil sie den Mitcontrahenten zwar sich, sich aber nicht diesem verpflichten können. Hierbei ist übrigens noch zu bemerken: a) Geschäfte, wo die Verbindlichkeit nicht aus der Willenserklärung, sondern aus der Sache selbst (ex re) entstehet, z. B. aus einer Version, sind von diesem Vorrecht ausgenommen *b*); b) bei Minderjährigen tritt die Beschrän-

---

a) Man unterscheidet ausserdem die unvollkommene Mündigkeit (pubertas minus plena), welche bis zum 18. Jahr incl. bei Mannspersonen und bis zum 14. einschlüssig bei Frauenspersonen dauert, und die vollkommene (pubertas plena).

b) Höpfners Commentar §. 209.

kung der Disposition ausschließlich nur in Beziehung auf ihr Vermögen, und ganz besonders rücksichtlich der Veräusserung ihrer Güter ein, über ihre Person können sie in der Regel frei verfügen *a*); c) dem Minderjährigen stehet auch da, wo er aus einem Vertrage verpflichtet ist, es sey, weil er entweder keinen Curator hatte *b*), oder ohne dessen Zuziehung oder zwar mit dessen Consens jedoch schädlich contrahirt hat, vornämlich wenn ihm im letztern Fall der Regreß an den Curator (sowie auch dem Pupillen an den Vormund in solchem Falle) keine Entschädigung verspricht, die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu *c*); d) Partikulargesetze können dießfalls und namentlich was die Befugnisse der Minderjährigen in Beziehung auf ihre Person anlangt, eine Ausnahme machen.

4) Die den Unmündigen gleichgeachteten Blödsinnigen;

5) Taubstumme, welche unter Vormundschaft stehen. In gewisser Beziehung kann hier sogar eine absolute Unfähigkeit eintreten, wenn und sofern als

---

a) Stryk in caut. contr. S. I. cap. II. §. 21.

b) Was jedoch nach der Verfassung des Vormundschaftswesens in Deutschland nie der Fall seyn kann, daher auch die röm. Distinktion zwischen Minderjährigen ohne und mit einem Curator hier nicht Statt findet.

Strubens rechtl. Bed. Th. III. Bed. 111.

Reichspol. Ordn. de 1548. §. 31.

c) Stryk l. c. Ueber die bestrittene Frage: welche Verbindlichkeiten aus den Verträgen der Minderjährigen entstehen, vergl. Höpfner a. a. O. §. 737. not. 1. und vornämlich Weber von der natürl. Verbindlichkeit. (3. Ausg.) §. 72. S. 277 ff.

es ihnen physisch unmöglich ist, ihre Einwilligung überhaupt zu erklären, es also nicht bloß auf Grade der Zuverlässigkeit ankommt *a*).

6) Gerichtlich erklärte Verschwender;

7) Schuldner, denen bei ausgebrochenem Concurse über ihr Vermögen dessen Verwaltung entzogen ist. Ferner ist hieher zu rechnen

8) der unter väterlicher Gewalt stehende Sohn (filiusfamilias) in Beziehung auf Gelddarlehensgeschäfte vermöge des Macedonianischen Rathschlusses *b*), indem derselbe hinter des Vaters Rücken keinen Gelddarlehensvertrag oder ein sonstiges auf dessen Verdeckung abzielendes lästiges Geschäft (contractus mohatrae) eingehen kann.

b) Wegen eintretenden besondern Verdachts einer Gefährde sind unfähig:

9) Vormünder, Curatoren und Verwalter fremder Güter in Beziehung auf die Erwerbung von Rechten auf das ihrer Fürsorge und Verwaltung anvertraute Gut *c*).

10) Beamte bei der Erwerbung unbeweglicher Güter in ihrem Amtsbezirke, wenigstens nach den Gesetzen gewisser Länder *d*).

---

a) §. 7. Inst. de iuut. stip.

b) L. 1. pr. de Scto Maced.

K. Bucher das Recht der Forderungen. Leipzig 1815. 8. §. 193 sqq.

c) L. 34. §. 7. D. de contrah. emt.

d) Claproths Rechtswiss. ꝛc. der Vertr. u. Contr. II. §. 276. In Baiern ist durch das Edikt über die Verhältnisse der Staatsdiener (Beil. IX. zur Verfass. Urk. vom 26. Mai 1818.) §. 21. den äussern Justiz-, Polizei- und Finanzbeamten untersagt, in ihrem Amtsbezirk eine Gutsrealität

c) Wegen beschränkter Erwerbsfähigkeit besonders von Immobilien:

11) Juden *a*).

12) Kirchen, Klöster, geistliche Stiftungen und Gemeinheiten, sofern bei deren Erwerb von Grundstücken diese ausser Verkehr (zur todten Hand) kommen würden, ohne Amortizations-Erlaubniß *b*).

13) Fremde sind rücksichtlich des Erwerbs von Grundeigenthum *c*), Nichtbürger rücksichtlich bür-

---

zu erwerben. — Nur zum eigenen Hausbedarf kann der Erwerb von 4—6 Tagw. Landes durch Kauf oder Pachtung mit Genehmigung der Kreisregierung statt finden. Allg. Int. Bl. 1818. S. 989.

a) Claproth l. c. I. §. 9. In Deutschland ist es als Regel anzunehmen, daß die Juden keine Immobilien erwerben dürfen. Runde Grundsf. des gem. deutschen Priv. Rechts §. 641. S. 636. (5te Ausg.) Ueber die deßfallsigen Beschränkungen der Juden in Baiern vergl. das Edikt vom 10. Jun. 1813. Reg. Bl. S. 921.

b) Claproth a. a. O. n. 10. u. 11.

c) Für Fremde sind jedoch nach der deutschen Bundes-Akte nicht zu achten die Unterthanen eines andern zum deutschen Bunde gehörigen Staates. In Baiern können Auswärtige (überhaupt und ohne nähere Beschränkung) Grundeigenthum im Königreiche gleich königl. Unterthanen besitzen. Sie unterliegen hierbei den Pflichten der Forensen, und sind demnach gehalten 1) alle nach den Gesetzen des Königreichs auf ihren Gütern haftenden Staatslasten und Verbindlichkeiten genau zu erfüllen, 2) in Hinsicht auf diese Verbindlichkeiten eine Stellvertretung, und in Ansehung der Lehengüter einen Lehenträger aus baierischen Unterthanen anzuordnen; 3) können sie sowohl von dem Fiskus als von den königlichen Unterthanen nicht nur in Real- sondern

gerlicher Häuser und sonstiger Realitäten, deren Erwerb das Bürgerrecht voraussetzt, Nichtadelige in Beziehung auf adelige Güter nach den Gesetzen einzelner Länder mehr oder weniger beschränkt.

14) Soldaten während ihrer Dienstzeit und Militär-Conscriptionspflichtige vor zurückgelegten Jahren der Kriegsdienstpflichtigkeit nach Inhalt der deßfallsigen Gesetze und Reglementar-Verordnungen der einzelnen Länder, womit sich also der Praktiker in vorkommenden Fällen bekannt zu machen hat.

§. 39.

Fortsetzung.

Endlich α) können

d) wegen Geschlechtseigenschaft

15) Frauenspersonen α) überhaupt keine Verpflichtungen für einen Andern (ob SCtum Vel-

---

auch in Personalklagsachen, in soweit die in Baiern gelegenen Güter einen zureichenden Executions-Gegenstand darbieten, oder dafür angenommen werden wollen, vor den geeigneten königlichen Gerichten belangt werden. Edikt über das Indigenat vom 26. Mai 1818. (Beil. I. zur Verf. Urk.) §. 13. fgg.

α) Man zählt hieher noch folgende Fälle:

1) Die Verträge des Arzts mit dem von ihm besorgten Kranken, sofern dabei die Heilung als Motiv erscheint. L. 9. C. de prof. et med. (10, 52.) L. 3. D. de extraord. cognit.

2) Verträge des Vaters mit dem in seiner Gewalt befindlichen Kinde, und zweier unter derselben väterlichen Gewalt stehender Geschwister mit einander. Es ist indessen die praktische Anwendbarkeit dieser Sätze und na-

lejanum) auch nicht für ihre Männer (ob avth. si qua mulier) übernehmen, ohne vorhergehende gerichtliche Belehrung und Verzichtleistung rücksichtlich ihrer Rechtswohlthaten mit Zuziehung eines Beistandes *a*). *β*) In Gegenden, wo die Geschlechtsvormundschaft eingeführt ist, besonders in den Sächsischen Landen, müßen Frauenzimmer die nicht zu dem hohen Adel (feminae illustres) gehören, oder für eigene Rechnung Kaufmannyschaft oder Wirthschaft führen, bei allen Geschäften, wodurch sie sich Verpflichtungen auflegen, ausser in Ehesachen und bei letztwilligen Verordnungen, einen entweder ein für alle Mal oder besonders sich gewählten und obrig-

---

mentlich in letzterer Beziehung die der fingirten Personen-Einheit in Deutschland keineswegs als ausgemacht anzunehmen. Vergl. Glück's Commentar XVI. §. 989 u. II. §. 137.

a) Dieß leidet in Baiern eine Ausnahme in Ansehung derjenigen Personen weiblichen Geschlechts, welche die Rechte der Siegelmäßigkeit haben, indem diese bei Interceßionen ohne Mitwirkung der Obrigkeit auf ihre weiblichen Rechtswohlthaten, nachdem sie darüber durch einen besondern und hinreichend verständigen Anweiser in Gegenwart eines Zeugen belehrt worden, in einer von der Verzichtenden, dem Anweiser und dem Zeugen unterschriebenen Urkunde Verzicht leisten können. Edikt über die Siegelmäßigkeit §. 3. (Beil. VIII. z. Verf. Urk.) Das Recht der Siegelmäßigkeit in Baiern besteht in dem Inbegriffe der Befreiungen, die den s. g. Siegelmäßigen von gewissen Vorschriften des bürgerlichen Rechts hauptsächlich in Beziehung auf die Beglaubigung ihrer Urkunden, aber auch auf verschiedene andere nichtstreitige Rechtsgeschäfte zustehen, die sonst der gerichtsobrigkeitlichen Behandlung zu ihrer Gültigkeit bedürfen. Siegelmäßig sind der Adel, die Collegialräthe und höhern Beamten.

keitlich bestätigten Geschlechtsvormund beizuziehen *a*). Bei Verheiratheten ist dieß in der Regel der Ehemann, der dann auch als Ehevogt (tutor legitimus) seiner Frau befugt ist, dieselbe auch ohne besondern Auftrag vor Gericht zu vertreten, jedoch mit Ausnahme der das Heirathsgut betreffenden Angelegenheiten *b*) sofern nämlich als hier sein Interesse mit dem der Frau collidirt. Ob übrigens der hinzugekommene Versprechungseid in allen Fällen die Mängel der Entsagungen und sonstigen von einer Frauensperson übernommenen Verpflichtungen ersetze, oder nur in den vom Gesetz ausdrücklich erwähnten Fällen *c*) der Veräusserung der dos und donatio propter nuptias, und der Entsagung auf die väterliche Erbschaft nach empfangenem Brautschatze — ist unter den Rechtsgelehrten streitig *d*). Nach gemeinen Rechten *e*) kann sich eine volljährige unverheirathete Frauensperson ohne Vormund für sich eben so rechtsbeständig verbindlich machen, wie eine Mannsperson, und die Verheirathete genießt gleiche Rechte, jedoch mit der Einschränkung, daß der Ehemann, so weit er Verwalter und Nutznießer des weiblichen Vermögens ist, dabei mitwirken muß. Indessen ist es immer räthlich, da,

---

a) Hofacker princ. jur. civ. I. §. 711. sqq.
v. Trützschler's Anweisung zu rc. rechtl. Aufsätzen I. S. 124. fgg. 329.

b) Pufendorf in obs. jur. un. I. obs. 12.

c) Cap. 28. X. de jurejur.
c. 2. de pactis in 6to.

d) J. F. Malblanc doctr. de jurejur. §. CXVIII. Mehreres hierüber weiter unten.

e) v. Trützschler a. a. O. S. 123.

wo eine dergleichen Frauensperson Geschäfte vornimmt, die ihren Zustand verschlimmern, wenigstens um Anfechtungen abzuschneiden, einen Beistand beizuziehen. Denn die Vorsicht gebietet, es nirgends auf einen Prozeß ankommen zu lassen, wo man ihn leicht verhüten kann, gesetzt daß dessen Gewinn auch noch so wahrscheinlich wäre.

§. 40.

C) Beschränkte Fähigkeit.

Wenn auch weder absolut, noch beziehungsweise unfähig zu Verträgen und Willenserklärungen, doch mehr oder weniger gehindert, mit voller Zuverlässigkeit ihren Willen zu erklären, oder ihr Bestes zu wahren und deßhalb einer besondern Fürsorge von Seiten der Gerichte bedürftig sind

alle diejenigen, die geistig oder körperlich an einer Unvollkommenheit leiden, die es ihnen wenigstens erschwert, mit Zuverlässigkeit ihren Willen zu erklären und mit der erforderlichen Freiheit zu handeln.

Hieher gehören

16) Blinde. Für dieselben müssen bei jeder Verhandlung Beistände zugezogen werden, die nicht nur überhaupt für Abwendung jeder Gefährde mitsorgen, sondern auch zugleich als besondere Zeugen und Stellvertreter bei der Vorlesung und Unterzeichnung des Protokolles dienen. Der Richter aber, dessen amtliche Fürsorge vornämlich bei dergleichen unvollkommen organisirten Individuen sich wirksam äussern muß, hat Bedacht zu nehmen, daß der blinde Contrahent besonders in Ansehung der Identität der Personen, und Gegenstände des Vertrags in keinem Irrthume sich befinde.

17) Stumme und Taube können nur dann mit Zuverläßigkeit Verträge schließen, wenn sie schreiben und geschriebenes lesen können, und so nicht nur ihren Willen zu erklären, sondern auch die Erklärungen und Belehrungen ihrer Mitcontrahenten und des Richters zu vernehmen im Stande sind. Sollte ein solcher Contrahent der Schriftsprache nicht kundig seyn, so müssen einige Freunde oder gute Bekannte desselben beigezogen werden, welche die Zeichensprache des Stummen verstehen und dem Tauben auf unzweideutige Art sich verständlich zu machen wissen, übrigens selbst kein Interesse bei der Sache haben. Diese dienen als Dolmetscher und dem Tauben oder Stummen ist ausserdem noch besonders ein curatorischer Beistand zuzuordnen.

18) Taubstumme, welche nicht (nach nro. 5.) zugleich wegen Blödsinns unter Vormundschaft stehen, sondern die Fähigkeit, die Folgen ihrer Handlungen einzusehen, nothdürftig besitzen, können ebenfalls nur durch schriftliche Mittheilung Erklärungen abgeben und vernehmen. Wenn sie nicht schreiben und lesen können, muß ebenfalls wie auf 17 verfahren, hier aber, wo die Körperfehler vereinigt eintreffen, wie sich von selbst versteht, mit verdoppelter Vorsicht zu Werke gegangen werden. Die Gerichtsperson darf sich hier durchaus keine Mühe verdrießen lassen, und sie muß dasjenige, was zur Erlangung der Gewißheit über die Willenserklärung eines solchen körperlich fehlerhaften Subjekts verhandelt worden, ausführlich zu Protokoll niederschreiben, und dieses von allen Anwesenden unterzeichnen lassen.

19) Wahnsinnige oder Verrückte haben ordentlicher Weise ihre Curatoren; es kann also auch in lichten Zwischenräumen sie zur Abschließung von Verträgen selbst zuzulassen, die Frage

nicht seyn. Wenn indessen der Fall einträte, daß ein solcher Mensch wirklich noch nicht bevormundet wäre, und das eigene Beste desselben forderte, ihn im Zustande des, wenn auch nur vorübergehend wiedergekehrten Vernunftgebrauchs paciſciren zu lassen, wozu derselbe allerdings fähig ist *a*); so hat sich, wie schon vorhin (§. 37.) bemerkt worden ist, der Richter vor allem durch zweckmäßige Unterredung und allenfalls mit Zuziehung eines Arztes die Ueberzeugung zu verschaffen, daß ein solcher lichter Zwischenzustand eingetreten. Auch muß dieser lichte Zwischenraum bis zum Ende der ganzen Verhandlung ununterbrochen fortdauern, was namentlich die Bedingung der Testamentsfähigkeit solcher Individuen ist *b*).

20) In hohem Grade Einfältige, und Stumpfsinnige *c*), Melancholische, durch hohes Alter am Verstande Geschwächte, beständig Kranke (sontici), Sterbende *d*) sind zwar vertragsfähig; es ist aber hier große Vorsicht nöthig, um sich die Gewißheit der erforderlichen Verstandes- und Willensfreiheit zu verschaffen. Von einem schon mit dem Tode Ringenden kann man wohl nicht erwarten, daß er seiner Sinne und seines Verstandes dergestalt mächtig ist, um den zeitlichen Angelegenheiten noch die Aufmerksamkeit und Theilnahme zu schenken, die eine zuverlässige Willenserklärung doch nothwendig voraussetzt; aber gerade an

---

a) L. 2. C. de contrah. emt. et vend. (4, 38.)

b) L. 9. C. qui testam. facere possunt. (6, 22.)

c) Hommel in Rhapsod. Vol. II. obs. 283.

d) L. 42. §. fin. D. de mort. causa don.

diesen üben Ungestümm und Zudringlichkeit erblustiger Menschen häufig ihr Spiel *a*).

§. 41.

Cautelen für den Richter.

Es ist von selbst einleuchtend, daß die von 16—20 benannten Subjekte durchaus nicht in der Lage sind, ihr Bestes gleich einem andern von Geist und Körper glücklicher Organisirten wahrzunehmen,

---

a) Viel Beherzigungswerthes hierüber s. in Möser's patriotischen Phantas. IV. S. 109. Merkwürdig ist der dort erzählte Fall, wie eine todtschwache Frau zwar dem Anscheine nach bei vollem Verstande, aber nach allen Umständen doch nicht mit der erforderlichen Freiheit zu wählen, wider die Neigung ihres Herzens, bloß der unzeitigen Geflissenheit eines Geistlichen und der geheuchelten Reue ihres Mannes nachgebend, eine zärtlich geliebte dürftige Schwester im Testamente überging, zum Besten eines nichtswürdigen, ausschweifenden Mannes, von dem sie ihr ganzes Leben hindurch nichts als Zurücksetzung und schnöden Undank erfahren hatte. Ohne allen Zweifel hätte sie in gesunden Tagen anders testirt, als in dem wichtigen Momente, den man arglistig dazu gewählt hatte, in welchem die arme Frau neben der ohnehin hier natürlichen Gleichgültigkeit gegen das Irdische zu schwach war, der Zudringlichkeit zu widerstehen, womit man unter der Maske der Reue und Versöhnung ihre Gutmüthigkeit und ihr Mitleiden mißbrauchte. Daß der Richter, der dieses Testament aufnahm, das, was er unbeschadet seiner Unbefangenheit hätte thun können, und nach Pflichten thun sollen, wohl nicht gethan hat, daß ihm mehr um einen der äussern Form nach erklärten, als wirklich vorhandenen freien Entschluß zu thun war, wird ihm sein Gewissen gesagt haben, wenn er es hören mochte!

und daß die Freiheit und Zuverlässigkeit ihrer Willenserklärungen immer mehr oder weniger prekär ist, so daß diese Menschen sehr leicht ein Opfer der Willkühr und des Eigennutzes werden können. Man nimmt daher ihr Bestes weder als Mensch noch als Richter gehörig wahr, wenn man aus mißverstandener Achtung vor ihrer Persönlichkeit und Selbstständigkeit, eigentlich wohl oft mehr aus Gleichgültigkeit und Bequemlichkeit, angeblich um sie nicht in ihrer Freiheit zu beeinträchtigen, und weil sie nicht formal zur Bevormundung sich eignen, sie ihrem Schicksale Preis giebt. In der That muß der gewissenhafte Richter bei der Beurtheilung ihrer Vertragsfähigkeit eher zu streng als zu gelinde seyn, besonders da, wo der Vortheil auf ihrer Seite zweifelhaft oder weitaussehend, oder von Umständen abhängig ist, deren Eintreffen vielleicht eben wegen des Standpunktes, den diese Subjekte im bürgerlichen Vereine behaupten, nicht mit Sicherheit zu erwarten ist. Vor allem muß die pflichtmäßige Fürsorge der Gerichte alsdann rege erhalten werden, wenn dem andern contrahirenden Theil ungewöhnliche Vortheile aus dem Geschäfte zuwachsen, oder wenn er zu derjenigen Classe von Menschen gehört, vor deren Hinterlist oder Verschmitztheit selbst Leute von gesunden Sinnen und ungeschwächten Verstandeskräften auf ihrer Hut zu seyn pflegen. — Daß vor allen die Zuordnung eines redlichen nicht nur, sondern auch verständigen und geschäftsgewandten Beistandes nicht ausser Acht zu lassen, darf nicht noch einmal erinnert werden.

§. 42.

Wiefern die Unfähigkeit gehoben werden kann.

Die absolute und relative Unfähigkeit der unter

A und B von Num. 1—15. aufgeführten (physischen und moralischen) Personen, vielmehr das daraus entstehende Hinderniß kann zum Besten des Geschäfts bald auf gewöhnlichem Wege gehoben werden, bald nur auf ausserordentliche Weise. Im erstern Falle wird dabei die richterliche Thätigkeit vereint mit der Thätigkeit der Parteien wirksam, (besonders da, wo die obervormundschaftliche Verwendung in Anspruch genommen wird); im letztern Falle dagegen ist es hauptsächlich die Thätigkeit der Interessenten, welcher die Beseitigung des Hindernisses obliegt. — Man unterscheide: das Hinderniß, oder die in der Person des Contrahenten liegende Unfähigkeit ist

1) rein persönlich; sie findet Statt ohne Beziehung auf die Person des Mitcontrahenten, auch nicht in Beziehung auf die Sache und die Art des Verkehrs;
2) die Unfähigkeit liegt in der Beziehung auf den Mitcontrahenten;
3) schlechthin in der Beziehung auf die Sache und die Art des Verkehrs.

Auf 1) kann das Hinderniß gehoben werden, sobald a) der Vormund oder Curator beigezogen wird, durch dessen Auctorität oder Consens die Gültigkeit des Geschäfts bedingt ist (Num. 1—6); oder b) die Einwilligung der zunächstbetheiligten, der Creditoren oder des Massecurators (N. 7.) oder des Familienvaters (Num. 8.) erwirkt wird. —

Auf 2) welches bei Num. 9. eintritt, ist es die Einwilligung des betheiligten Eigenthümers oder Principals, welche das Hinderniß entfernt. Bei Pflegebefohlnen wird dieselbe von dem Mitvormund *a*), der entweder

---

a) L. 5. D. de auct. tut.
Hofacker princ. jur. civ. I. §. 665.

schon bestellt ist, oder besonders bestellt wird, unter Auctorität des vormundschaftlichen Gerichts ertheilt, oder es wird das Hinderniß durch die Modifikation des Geschäfts selbst gehoben, welches die veranlassenden Besorgnisse entfernt; also indem der Verkauf einer Sache des Pflegebefohlnen an den Vormund im Wege einer öffentlichen Versteigerung bona fide geschieht *a*).

Auf 3) kann das Hinderniß **entweder** sofort durch die Erlaubniß der vorgesetzten Behörde, (bei Num. 10, 14.) **oder** durch Beobachtung der deßfalls vorgeschriebenen Förmlichkeiten, (bei N. 15.) **oder** endlich durch Dispensation von Seiten der Staatsgewalt (N. 11, 12.) allenfalls nach Anhörung der Betheiligten (bei N. 13.) gehoben werden.

Es versteht sich von selbst, daß wo erst, wie in letzterer Beziehung, eine Dispensation von einem Verbotsgesetze zu bewirken ist, der Richter nicht einmal geschäftseinleitend sicher verfahren kann, wenn er nicht mit mehr oder minder Wahrscheinlichkeit ein vergebliches Geschäft zu beginnen besorgen soll.

C. Legitimation zur Sache *b*).

§. 43.

Was dießfalls zu beobachten.

Ausser der Geschäftsfähigkeit, wovon bisher (§. 36 ff.) die Rede war, fragt es sich: ob die Person, welche um eine Willenserklärung abzugeben, vor

---

a) Höpfner's Comment. §. 212.

b) J. C. Gensler's Handbuch zu Martins Lehrb. des Prozesses I. Th. (Jena 1814. 8.) Nro. 5. S. 110. ff.

Gericht erscheint, die rechte sey? Hier muß nun der Titel geprüft werden, worauf sich das Recht gründet, das den Gegenstand der Verhandlung ausmacht. Also z. B. ob und wie die Partei Eigenthümer der Sache oder des Rechts geworden, die sie veräussert, verpfändet, cedirt u. s. w., ob etwa noch mehrere Betheiligte vorhanden, deren Einwilligung schon ertheilt oder noch zu bewirken ist? Ferner: ob die Person, der ein Recht übertragen werden soll, genau bestimmt ist ꝛc. So natürlich und einfach die Nothwendigkeit dieser Erkundigung in der Theorie erscheint, so häufig geschieht es in der Anwendung, daß dabei aus Eilfertigkeit oder Oberflächlichkeit oder aus einer Art von gutem Glauben nicht mit der Umsicht verfahren wird, welche gleichwohl die Betrachtung des wichtigen Einflusses auf die Haltbarkeit des Ganzen fordert. Man findet es so natürlich, daß jemand der vor Gericht erscheint und in eigenem Namen handelt, auch dazu berechtigt sey; es beruhigt uns sein offenes, unbefangenes Benehmen; man bedenkt nicht, daß dieß Wirkung einer redlichen, ohne eben einer juristischen Ueberzeugung seyn kann. Oft kann uns selbst das Vertrauen, die arglose Hingebung des andern Theils, irre führen; oft will man auch — freilich nach einer bedenklichen und dem Richter am wenigsten ziemenden Maxime — nicht indiskret erscheinen, zumal bei einer sonstigen vortheilhaften Kenntniß von dem Charakter der Parteien; oft kann eine vermeinte Notorietät unsere Zweifel beschwichtigen u. s. w. Unzählige Nichtigkeiten sind auf diese Weise schon veranlaßt worden, die späterhin nur mit Schwierigkeit beseitigt wurden, oder wohl gar unheilbare Folgen nach sich zogen. Hinterher pflegt man es dann der Partei zur Last zu legen, etwa gar auf Rechnung eines bösen Wil-

lens zu setzen, was der Richter lediglich seinem Mangel an Umsicht beizumessen hat. Wirklich kann die Partei rücksichtlich ihres Erwerbstitels in gutem Glauben seyn. Sie denkt vielleicht nicht an eine Gefährde, wenn sie vermöge eines für unbestritten erachteten gesetzlichen Erbrechts mit dem Nachlaße Dispositionen vornimmt; wenn sie auf den Grund ausser-gerichtlich vorläufiger Verabredung mit ihren Miterben über ein Activum der Erbschaft disponirt, und diese Disposition hinterher von dem Erbsconsortium als illegal angefochten wird, vielleicht weil sich Umstände ereignet haben, welche es dem Consortium erwünscht machen, daß ihre Verbindlichkeit nur bis zu einer natürlichen erwachsen ist. Titius kann bona fide sein Haus, das er wegen noch nicht an Cajus, seinen Vormann, bezahlten Kaufschillings unter einem revocabeln Titel besitzt, an Mevius anderweit verkaufen, und — wieder ohne betrügerische Absicht — über den Kaufschilling des letztern so disponiren, daß dieser den Cajus auf den Hals bekommt, u. d. gl. Denke man sich noch, wie folgenreich das Verkehr in dieser Hinsicht mit Erben und Cessionarien ist? wie viele Nachfragen der Besitztitel des ein Recht Veräussernden fordert, wenn dasselbe durch mehrere Hände titulo heredum vel cessionis bis zu dem jetzigen Besitzer gekommen ist? — — Hierüber durchaus zuverlässige Gewißheit zu erlangen, gehört zur Beantwortung der so einfachen Frage: ob die handelnde Person in Beziehung auf den Gegenstand der Handlung die rechte sey? mit andern Worten zur Berichtigung des Punktes der Legitimation zur Sache!

§. 44.

§. 44.

Wiefern kann das Recht eines Dritten Gegenstand eines Vertrags werden *a*)?

Ein Rechtsgeschäft darf nicht die Rechte eines Dritten verletzen. Doch verliert dieser das Recht selbiges anzufechten, theils durch ausdrückliche, vor oder nachher ertheilte, theils durch stillschweigende Einwilligung. Letztere wird angenommen *b*), 1) wenn der Dritte die Gewährleistung für das Geschäft übernimmt, 2) wenn er die Urkunde darüber verfaßt, oder als Zeuge sich unterschreibt, 3) wegen arglistigen Schweigens bei der Handlung. — Nächst diesem ist an der Rechtsbeständigkeit eines den Dritten angehenden Geschäfts nicht zu zweifeln, wenn derselbe dazu Auftrag gegeben hat, ferner auch ohne Auftrag wegen nützlicher Verwendung, so wie endlich wenn zwischen dem Dritten und dem statt seiner Contrahirenden ein Repräsentations-Verhältniß wie zwischen Vater und Familiensohn, Vormund und Mündel Statt findet; überhaupt so oft eine adjectitia qualitas oder jenes Verhältniß eintritt, vermöge dessen die Handlung eines Andern mich verpflichtet, weil sie gesetzlich als meine eigene angesehen wird, namentlich die meines Schiffers (magister navis) mich als Schiffs-Rheder (exercitor); die meines Handlungs-Faktors (institor) mich als Principal (praepo-

---

a) J. H. Boehmer de jure ex pacto tertii quaesito (in exercit. ad Pand. N. XXVIII. Tom. II. p. 256. sqq.
K. Bucher das Recht der Forderungen §. 14. ff.

b) Schweppe Röm. Priv. Recht §. 126. (2te Ausg.)

nens). Indessen ist von diesen Verhältnissen hier nicht die Rede; die Frage ist: können wir abgesehen von den bemerkten Beziehungen einem Dritten Verpflichtungen auferlegen oder Rechte erwerben, indem wir statt seiner ein Rechtsgeschäft eingehen? — Es sind dieß, wie man sieht, zweierlei Fragen, wovon die erste die Contrahirung von Verpflichtungen, die zweite die Erwerbung von Rechten zum Gegenstande hat. Wir bleiben bei der letztern stehen, da rücksichtlich der erstern, und daß man einem Dritten ohne seine Einwilligung keine Verpflichtung auferlegen könne, die ihren Grund einzig in der Uebereinkunft der Contrahenten haben würde, wohl kein Zweifel seyn wird. Praktischer also fragt sich's: kann man den Vortheil eines Dritten zum Vertragsgegenstande machen? Die Antwort ist: allerdings. Man merke indessen, der Dritte erlangt erst dann ein Recht, wenn er dem Vertrage mit Bewilligung der Contrahenten beigetreten ist, und von dem Augenblicke des erklärten Beitritts an. Bis also dieser Beitritt erfolgt ist, steht es den Vertragschließenden frei, was sie zum Vortheile des Dritten verabredet haben, unter sich beliebig zu ändern, oder gar aufzuheben. So kann also (ein Fall, der bei den Güterabtretungen der Landleute öfters vorkommt), wenn der Käufer Personalschulden des Verkäufers loco pretii zur Berichtigung übernommen hat, der letztere des dießfalls sich vorbehaltenen Hypothekenrechts ohne weiters wieder sich begeben, wenn der Personalgläubiger bei dieser Novation nicht concurrirt hat. Z. B. A. verkauft sein Gut an seinen Sohn für 8000 fl.; 4000 fl. hat der Käufer bei der Kaufsbeschreibung baar bezahlt, wegen der übrigen 4000 fl. ist aber ausgemacht worden, daß sie folgendermassen berichtigt werden sollen:

1) 2500 fl. haften als ältere Hypothek-Schuld auf dem Gute, welche der Käufer als Schuldner übernimmt,
2) 800 — schuldet A. dem B. auf ein Chirographum,
3) 700 — sollen fristenweise an A. bezahlt werden.

Wegen der 1500 fl. ad 2 und 3. behält sich nun der A. das Hypothekenrecht bevor, und sie werden Kraft dieses Vorbehalts nächst den 2500 fl in das Hypothekenbuch vorstehendermassen eingetragen. Nun begiebt es sich, daß dem kaufenden Sohne das Capital der 2500 fl. aufgekündigt wird. Hiezu und zur Bezahlung einiger anderer Schulden bedarf er eines Anlehens von 3000 fl., das ihm aber nur gegen Erlangung der ersten Hypothek gegeben werden will. Die ad 2. und 3. intabulirten Posten müssen also die Priorität einräumen, und ob der Vater A. nur in Ansehung der 700 fl., oder auch in Rücksicht der 800 fl. ohne Zustimmung des B. hierzu berechtigt ist, muß nach der obigen Regel beantwortet werden. Ist B. der zu seinem Besten geschehenen Hypothek-Bestellung mittelbar oder unmittelbar nicht beigetreten, so ist dieselbe eine res inter alios acta, und die Novation kann ohne seine Einwilligung gültig erfolgen.

D. Legitimation zum Prozesse.

§. 45.

Erfordernisse dieser Legitimation überhaupt.

Wer die Angelegenheiten eines Andern namentlich vor Gericht besorgt, thut dieses

entweder aus allgemeiner Verpflichtung zur Fürsorge für einen unfähigen Geschäftsberechtigten — als dessen Vormund oder Pfleger —,

oder aus besonderem Auftrage dieses Berechtigten, es sey nun daß der Auftrag hier von dem dazu fähigen Berechtigten unmittelbar (mandatum, Vollmachtsvertrag), oder im Fall der Unfähigkeit mittelbar durch den Vertreter desselben (actorium) ertheilt wird. Jeder nun, der auf eine oder die andere Weise für einen Andern vor Gericht handelt, muß sich sowohl gegen den Richter [dem an der Richtigkeit des Legitimationspunkts liegt, um nicht zu einer nichtigen Handlung mitzuwirken *a*),] als gegen die Partei, mit welcher das Geschäft vorgenommen wird, seiner Befugniß wegen ausweisen, der Vormund oder Pfleger durch sein *tutorium* oder *curatorium*, der Bevollmächtigte durch eine Vollmachtsurkunde. Denn ohne schriftliche Vollmacht kann wenigstens vor Gericht nichts verhandelt werden. — Daß übrigens der Bevollmächtigte (Gewalthaber, mandatarius, procurator) in eigenen Sachen geschäftsfähig, also namentlich großjährig seyn müsse, bestimmen die Gesetze *b*).

Eine Vollmacht muß glaubwürdig und vollständig seyn. Sie ist glaubwürdig, wenn in Ansehung der Ausstellung derselben kein Zweifel obwaltet; vollständig, wenn nichts von demjenigen fehlt, was zur unzweideutigen Bezeichnung dessen, der den Auftrag ertheilt und der ihn übernimmt, und des Zwecks, zu welchem der Auftrag geschieht (Identität der Personen und des Gegenstandes), erforderlich ist.

---

a) Der Richter besorgt daher auch den Sach- und Prozeß-Legitimations-Punkt von Amtswegen. Martin's Lehrb. des Prozesses §. 35, 74.

b) Cap. 5. fin. de procurator. in 6to.

Was die Authenticität anlangt, so kommt es lediglich auf partikularrechtliche Bestimmungen an, ob neben der Unterschrift des Machtgebers auch noch die Beifügung seines Siegels *a*) erforderlich; ferner ob und wann hauptsächlich eine gerichtliche Vollmachtsausstellung nothwendig und eine ausergerichtliche nicht zureichend ist *b*). Da indessen die vor Gericht oder vor einem Notar ausgestellte Vollmacht in der Regel jeden Zweifel in deren Aechtheit am zuverläßigsten entfernt; so wird man besonders in wichtigen Fällen nicht unterlassen, auf der Beibringung einer dergleichen Vollmacht zu bestehen.

---

a) Nach gemeinen Rechten ist die Beifügung eines Siegels nicht nothwendig, doch hält man sie für räthlich, und wenn man sich eines fremden Siegels bedient, so ist dieß zu bemerken: „Urkundlich habe ich diese Vollmacht eigenhändig ge„schrieben und unterschrieben (oder: unterschrieben) und „in Ermangelung meines gewöhnlichen Pet„schafts (Familien-Siegels) mit dem Petschaft des „Hrn. N. mit dessen Genehmhaltung unter„siegelt ꝛc.“

Stryk in caut. contract. I. 6. §. 20.
(v. Trützschler's) Anweis. zu rechtl. Aufsätzen II. S. 407.

b) Das preuss. L. R. fordert (Th. I. Tit. 13. §. 99. ff. u. 115.), daß eine Specialvollmacht, worauf etwas gerichtlich verhandelt werden soll, gerichtlich oder vor einem Notar ausgestellt werde, eine Specialvollmacht aber in folgenden Fällen: 1) zur Erlassung von Eiden; 2) zu deren Ableistung in die Seele des Machtgebers; 3) zur Annahme eines Schiedsrichters; 4) zur definitiven Abschließung eines Vergleichs; 5) zu Cessionen und Verzichten; 6) zur Erhebung von Geldern; 7) zur Veräusserung oder Ankaufung von Grundstücken; 8) zu Intabulations- oder Löschungsbewilligungen im Hypothekenbuch Namens des Gutsbesitzers, resp. Gläubigers; 9) zu Schenkungen aller Art.

Eine in nachstehender Form ausgestellte Generalvollmacht erschöpft alles, was zu deren Vollständigkeit gehört:

Ich bevollmächtige den Hrn. N. während meiner Abwesenheit, meine Angelegenheiten als Miterben des N. sowohl bei dem königl. Landgericht N. als sonst zu besorgen.

Das nämliche gilt (abgesehen wie überall von Clauseln, die sich eigentlich auf besondere Nebenverträge gründen, z. B. clausula substitutionis ꝛc.) auch von folgender Specialvollmacht:

Ich ertheile dem Hrn. N. hiermit den Auftrag, die von dem N. an mich zu bezahlenden dreitausend Gulden rheinl. statt meiner zu erheben und darüber unter Rückgabe des Obligationsdocuments zu quittiren. N. den ...

L. S. Friedrich Christian Schwabe,
Tuch-Fabrikant dahier.

Sollen diese Vollmachten gerichtlich ausgestellt werden, so wird entweder nach dem Inhalte derselben die Vollmacht zum Protokoll aufgenommen und ausgefertigt, oder auf den Grund eines Recognitions-Protokolls ein Recognitions-Attest der Privatvollmacht beigefügt *a*).

Die oben angebenen Muster von Vollmachten enthalten nicht mehr als ein Blanquet; dieses muß aber auch, wenn es recht seyn soll, die bemerkten Erfordernisse ausdrücken *b*), und dann bedarf es auch keiner Ausdehnung von Seiten des Inhabers, die, wenn sie nichts als bekannte Formalien ausdrückt,

---

a) Vergl. Form. Beil. Lit. E.

b) Danz Grundsätze des ord. Prozesses (IV. Ausg.) §. 133. Note ***.

zwecklos ist, wenn sie aber auf wesentliche Befugnisse geht, die nicht in der Ausfertigung des Blanquetgebers enthalten sind, von keiner Gültigkeit seyn können, weil der Bevollmächtigte sich nicht selbst die Grenzen seiner Befugnisse willkührlich bestimmen kann *a*).

Der Vollmachtsvertrag kann in der Gestalt eines zweiseitigen Vertrags ausgestellt werden, am gewöhnlichsten erfolgt er in der Form einer einseitigen Willenserklärung (vergl. Form. Lit. E.)

Zu den nützlichen Clauseln einer Vollmacht gehören:

1) die Substitutions-Clausel *b*);

2) die Ausdehnung auf die Erben des Machtgebers (clausula heredum); denn sonst erlöscht die Vollmacht mit dem Tode desselben *c*);

3) die Hypothekar-Clausel an Orten, wo eine aussergerichtliche Verpfändung von Immobilien Statt findet; ausserdem gewährt sie so wenig Nutzen, als die Clauseln:

rati, grati, indemnitatis, welche sich von selbst verstehen;

---

a) Boehmer in exerc. ad Pand. Tom. II. ex. 29. §. 2. sqq. 20. sq.

b) Stryk de caut. contr. Sect. II. c. 11. §. 8. Ein Mandatar zu aussergerichtlichen Geschäften kann ohne besondere Erlaubniß des Mandanten substituiren. L. 8. §. 3. D. mandati. C. 1. §. 2. de procurat. in 6to. wenn es ihm nicht ausdrücklich untersagt ist, oder die Natur des Geschäfts eine besondere, nur von dem Prinzipal-Mandatar zu erwartende Verwendung fordert. Stryk in V. M. tit. mandati (XVII. 1.) §. 12. Lauterbach in coll. theor. pract. eod. tit. §. 7.

c) Jüngster R. A. §. 99.

cum libera („ich gebe meinem Anwalt Macht „und Gewalt, alles dasjenige zu verrichten, was ich „selbst zu thun Fug und Macht habe") da diese generelle Clausel oder das s. g. Mandatum cum libera (gerendi potestate) durchaus die Stelle einer Specialvollmacht, da wo diese nothwendig ist, nicht vertritt, im übrigen aber der Mandatar ohnehin alles dasjenige verrichten kann, was zu dem ihm aufgetragenen Geschäfte gehört und der Machtgeber deßfalls hätte thun können *a*).

§. 46.

Von mehrern Bevollmächtigten.

Sind mehrere Bevollmächtigte zugleich (principaliter) nicht substitutionsweise bestellt, so ist dieses

1) ohne nähere Bestimmung ihres Concurrenz-Verhältnisses geschehen, — hier kann keiner ohne alle die übrigen das Geschäft vornehmen; oder

2) mit der Clausel sammt oder sonders (in solidum), — hier entscheidet die Prävention; oder

3) mit der Clausel sammt und sonders (conjunctim et separatim), — hier können die Einzelnen nur dann gültig handeln, wenn die Uebrigen weder können noch wollen *b*). Da übrigens diese Ausdrücke dunkel sind, so ist es rathsam, sich derselben gänzlich zu enthalten, und was die eigentliche Absicht ist, in allgemein faßlichen Worten auszudrücken.

---

a) v. Trützschler a. a. O. S. 406. §. 10.

b) Hofacker princ. jur. civ. III. §. 4290.

§. 47.

Wiefern präsumtive Bevollmächtigte hier zuzulassen.

Der Fall, da auf den Grund einer vermutheten Vollmacht [also für Verwandte in auf- oder absteigender Linie, oder für Collateralen bis zum zweiten Grade, oder für gleich nahe Verschwägerte, so lange die, die Schwägerschaft begründende Ehe noch fortdauert, oder für die Ehefrau in Ansehung ihrer Receptitien *a*), oder für einen Streitgenossen, oder endlich kraft des unverdächtigen Besitzes der zur Sache gehörigen Urkunden *b*)] etwas zu verhandeln wäre, kann nur bei Geschäften, die aus mehrern Handlungen bestehen, eigentlich zur Sprache kommen, z. B. bei der Regulirung einer Erbschaft. Bei einzelnen Akten, z. B. einer Vertragsvollziehung, Quittungsleistung u. dgl. findet dieß schon um deßwillen nicht Statt, weil eine Specialvollmacht erforderlich ist; auch würde eben um deßwillen, weil denn doch der Akt der Anerkennung in alle Wege noch nachgeholt werden müßte, selbst bei sicher zu hoffender Beistimmung des Machtgebers nichts gewonnen, bei versagter Genehmhaltung aber eine ganz vergebliche Handlung vorgenommen worden seyn. Es ist daher sicherer für alle Fälle und zweckmäßiger, daß sich hier mit einem präsumtiven Bevollmächtigten von Seiten des Gerichts gar nicht eingelassen wird,

---

a) Da rücksichtlich des Heirathsguts und, wo nicht besondere Landesgesetze ein Anderes bestimmen, auch rücksichtlich der Paraphernalien der Mann resp. als Civileigenthümer und als Verwalter aus eigenem Rechte handelt.

b) Danz a. a. O. §. 140 fg.
v. Grolman Theorie des gerichtl. Verfahrens (4. Aufl.) S. 77.

zumal da ja doch bei dessen Zulassung erwartet werden müßte, daß er im Fortgange des Geschäfts oder wenigstens vor dessen gänzlicher Beendigung die wahre Vollmacht noch beibrächte *a*), damit bei nicht erfolgender Genehmigung doch nicht das ganze Geschäft nichtig und vergeblich vorgenommen ist. Indessen können sich Fälle ereignen, wo es denn doch rathsam ist, auch bei einem einzelnen Akt der freiwilligen Gerichtsbarkeit einen vermuthlichen Machthaber mit Zustimmung des andern contrahirenden Theils zuzulassen. Hieher gehört:

1) wenn Gefahr auf dem Verzuge haftet, und der aus einer Verzögerung entstehende Nachtheil für den Machtgeber mit der Besorgniß einen vergeblichen Akt vorzunehmen weder seinem Belange noch seiner Wahrscheinlichkeit nach im Verhältnisse steht; z. B. bei einem für den Machtgeber wohlthätigen Geschäft, dessen gerichtliche Vollziehung der andere Contrahent ohne Aufschub vorgenommen wissen will, weil er eine weite Reise vorzunehmen hat.

2) Wenn der Gegenstand von der Art ist, daß er nicht auf die Gültigkeit des Hauptgeschäfts Einfluß hat, und unbeschadet desselben nachher eine Veränderung zuläßt; z. B. die Einwilligung eines Erbschaftsgläubigers in die Vertheilung seiner Forderung bei der Aufnahme des Erbtheilungs-Rezesses. Willigt also hier der großjährige Sohn des Z, der eine Forderung von 500 fl. an die zu vertheilende Verlassenschaft des A hat, ein, daß von den Erben B, C, D der letztere diese Schuld für Rechnung seines Mehrempfangs aus der Massa zur Berichtigung übernehme; so kann der Erbreceß hiernach gar wohl abgeschlossen

---

a) Danz l. c. §. 141.

werden. Denn wenn die Ratifikation des Z auch nicht erfolgt, so kann ein leichtes Rechnungs-Manöuvre die Sache in Richtigkeit bringen.

§. 48.

Von General- und Specialvollmachten.

Man theilt die Vollmachten, nach Verschiedenheit I) ihres Gegenstandes und II) der dem Machthaber ertheilten Gewalt, in General- und Specialvollmachten *a*), und versteht unter einer Generalvollmacht:

a) auf I) diejenige, welche auf alle und jede, den Gewaltgeber betreffende, sowohl gegenwärtige als künftige Prozesse, (wenn von Handlungen der streitigen Gerichtsbarkeit die Rede ist,) oder Handlungen der nicht streitigen Gerichtsbarkeit, [z. B. die gerichtliche oder aussergerichtliche Besorgung aller, meine Person und mein Vermögen betreffenden Geschäfte, soweit sie sich nicht zum Rechtsstreit eignen *b*)];

b) auf II) diejenige, welche auf Betreibung einer streitigen resp. nichtstreitigen Rechtssache überhaupt gerichtet ist, z. B. einer Gemeinheitstheilungs-

---

a) Glück's Erläut. der Pand. V. §. 401.

b) Wäre die letztere Beschränkung: soweit ꝛc. nicht beigefügt, so würde der Bevollmächtigte als Procurator *universalis* für seinen Prinzipal alle Geschäfte der streitigen sowohl als nichtstreitigen Geschäfte, jene nach den Umständen durch Aufstellung eines Rechtsanwaltes besorgen können, ohne zu irgend einem einer Specialvollmacht zu bedürfen, soweit nur der Nutzen des Principals oder die Natur des Auftrags das Geschäft mit sich brächte. Glück l. c. Note 15.

oder Kriegskostenausgleichungs-Angelegenheit, ohne daß gewisse einzelne bei deren Verhandlung vorkommende Geschäfte ausgedrückt sind.

Eine Specialvollmacht ist:

c) auf I) diejenige, welche nur auf einen einzigen Rechtsstreit resp. ein einzelnes Rechtsgeschäft geht, z. B. die Abschließung eines Kaufs, Empfangnehmung eines Capitals ꝛc.

d) auf II) diejenige, in welcher die Handlungen, die bei der Besorgung der Sache vorkommen, besonders ausgedrückt sind, z. B. Eide zu deferiren, Vergleiche abzuschließen, das Rechtsmittel der Appellation einzuwenden, oder, bei einem Kaufcontrakt, die Kaufgelder zu erheben, gewisse pacta adjecta einzugehen.

In der Praxis wird eine Specialvollmacht vorzüglich diejenige genannt, welche auf solche Handlungen gerichtet ist, die wegen des dem Machtgeber daraus entstehenden bedeutenden Präjudizes ohne besondere ausdrückliche Willens-Erklärung desselben von dem Bevollmächtigten nicht unternommen werden können, auch aus der Vollziehung des Generalauftrags nicht nothwendig folgen. (Vergl. vorige Seite Note b.) Dahin gehört: die Erhebung von Geldern, die Veräusserung eines Grundstücks, oder dessen Verpfändung, die Verzichtleistung auf einen Anspruch, da z. B. aus dem allgemeinen Auftrag, daß der Machthaber meine Rechte bei einer gerichtlichen Kaufsverlautbarung bei einer Erbschaftsregulirung u. s. w. besorgen solle, noch keineswegs folgt, daß er auch Geschäfte der bemerkten Art müsse vornehmen können. Auch folgt zwar aus dem Auftrag, ein Capital von meinem Schuldner zu erheben, daß er das Document quittirt zurückgebe, keineswegs aber, daß er durch Cession an einen Dritten mir mein Geld schaffe,

sofern mir dadurch irgend Verpflichtungen gegen den Cessionar aufgeladen würden, deren ich überhoben bin, wenn ich von meinem Schuldner unmittelbar mein Geld zurückerhalte.

Eine Vollmacht, die in Ansehung der dem Bevollmächtigten ertheilten Gewalt eine besondere ist, kann in Ansehung ihres Gegenstandes eine allgemeine seyn. Wenn ich z. B. dem Titius den Auftrag ertheile, alle meine ausstehenden Aktiven einzuziehen. Eine solche objektiv allgemeine, sonst aber specielle Vollmacht genügt also auch für einzelne, nicht besonders ausgedrückte Forderungen.

§. 49.

Von Syndicaten.

Wenn eine Universitas (Corporation, Innung, Gemeinheit) eine Vollmacht ertheilt, so nennt man dieses ein Syndikat und den Bevollmächtigten selbst einen Syndikus *a*). Da eine dergleichen Universitas nicht stirbt, so fällt auch die Clausel von den Erben weg, statt deren gewöhnlich die der Nachkommen gebraucht wird, wovon sich jedoch kein Nutzen absehen läßt. Zu den Erfordernissen einer dergleichen Vollmacht gehört:

a) daß sie gerichtlich oder wenigstens vor einem Notar aufgenommen werden muß, wenn die Universitas eine Zunft oder Dorfgemeinde ist *b*). Es

---

a) Chladen Singularia quaedam de syndicis etc. Vitemb. 1757.
H. C. Winter (s. Henne) de differentiis inter procuratorem et syndicum veris et spuriis. Erford. 1779.

b) Glück's Pand. Comm. V. S. 316.

kommt jedoch bei der Bestimmung dessen, was rücksichtlich dieser Form Rechtens ist, vor allen darauf an, was die organischen Gesetze einzelner Länder über das Gemeindewesen, und was die besondere Verfassung einer jeden Gemeinde darüber enthalten. Daß im übrigen Städte mit ordentlicher magistratischer Verfassung ihre Vollmachten ohne Concurrenz der Gerichte ausstellen können, leidet wohl keinen Zweifel, da es sich hier nicht von einem Akte der vermischtfreiwilligen Gerichtsbarkeit, sondern nur von einem Akte der Beglaubigung handelt.

b) Daß sämmtliche Corporationsglieder unter gehöriger Eröffnung des Zwecks ihrer Vorladung zusammenberufen werden, von selbigen wenigstens zwei Drittheile erscheinen, und diese durch Stimmenmehrheit den Beschluß zur Vollziehung des Syndikats fassen, selbiges auch wirklich vollziehen *a*).

Es versteht sich übrigens von selbst, daß wenn das von dem Syndikus zu vollziehende Geschäft von der Art ist, daß es der Genehmigung der vorgesetzten Behörde bedarf, z. B. die Veräusserung eines Gemeindeguts, so wie die Führung eines Prozesses aus gemeindlichem Säckel, dieser Punkt vor allem in Richtigkeit seyn muß; denn er gehört zu der Legitimation zur Sache.

---

a) v. Trützschler l. c. S. 414. §. 20. ff. Ueber das Verfahren bei der Aufnahme einer Gemeinde-Vollmacht s. auch Formular Lit. F.

Fünftes Kapitel.

Inhalt des Rechtsgeschäfts.

§. 50.

Uebersicht dieses Kapitels.

Nachdem wir im vorigen Kapitel die Erfordernisse eines Rechtsgeschäfts in Ansehung des Subjekts desselben betrachtet haben, gehen wir nun zu dessen Inhalt oder zur Erörterung der Frage:

was ist Gegenstand der Willkühr des Rechtsgeschäfts-Subjekts geworden, und wie hat sich diese Willkühr geäussert?

Hier muß also erörtert werden:

A. der Gegenstand des Rechtsgeschäfts,

B. die Art und Weise, wie es zu Stande gekommen, oder die Form, in der sich die Willkühr der Interessenten geäussert hat.

§. 51.

Allgemeine Erfordernisse.

Das Geschäft muß

1) auf etwas wenigstens beziehungsweise Bestimmtes gerichtet, auch nicht ohne alle Realität seyn. Ungültig sind also Verabredungen ohne einen bestimmten Gegenstand, oder solche, deren Erfüllung für den Berechtigten ganz ohne Interesse ist *a*).

2) Es darf nicht schlechthin von der Willkühr dessen, der eine Verpflichtung übernimmt, abhängig

---

a) ex. gr. Nemo paciscendo efficere potest, wie L. 61. D. de pactis sagt, ne vicino invito praedium alienet.

gemacht seyn, ob und wie er sie erfüllen wolle *a*); nur in Ansehung der Zeit der Erfüllung geht dieß an *b*). Doch kann auch die Art der Erfüllung zu bestimmen, dem Verpflichteten überlassen werden, nur nicht geradehin nach reiner Willkühr, sondern nach seinem billigen Ermessen (arbitrium boni viri) *c*). Dagegen findet es allerdings Statt, nach näherer Bestimmung des Gegenstandes durch den hinzugefügten Zweck die reine Willkühr des Berechtigten oder eines Dritten zur Norm anzunehmen *d*).

3) Der Gegenstand muß physisch und rechtlich in die Willkühr der Subjekte des Rechtsgeschäfts gelegt seyn. Ausgeschlossen sind daher

a) physisch unmögliche,

b) rechtlich unmögliche Handlungen, oder solche, welche den Gesetzen und guten Sitten zuwider laufen, oder die Rechte eines Dritten beeinträchtigen; aus eben dem Grund auch

c) die Verfügung über Sachen, die dem Verkehr entzogen sind.

A. Gegenstand des Rechtsgeschäfts.

§. 52.

Welche Sachen dem Verkehr entzogen sind, und zwar

α) absolut.

Schlechthin können gewisse Sachen dem Verkehr entzogen seyn, weil sie aus physischen oder rechtlichen Grün-

---

a) Glück's Comm. IV. §. 303.

b) L. 46. §. 4. D. de fideic. libert.

c) L. 75. pr. D. de leg. I.
L. 7. pr. de contrah. emt.

d) Schweppe Röm. Priv. R. §. 414.

Gründen kein Gegenstand des Privateigenthums und der Verfügung der Einzelnen werden können, ohne aufzuhören, das zu seyn, was sie von Natur oder nach ihrer Bestimmung sind. Hieher gehören: die Gegenstände des allgemeinen Gebrauchs für jeden Menschen überhaupt (res communes) oder für jeden Menschen eines gewissen Staats oder einer Gemeinheit (res publicae), sofern sie nicht im Privateigenthume des Staats oder der Gemeinheit als moralischer Person sich befinden (Staats- oder Gemeindeeigenthum, res universitatis, patrimonium populi); ferner: dem Gottesdienst unmittelbar (sacrae) oder mittelbar (ecclesiasticae) gewidmete Sachen; Sachen, die zu einem frommen Zwecke bestimmt sind, namentlich zur Leichenbeerdigung, oder sonst zu einer pia causa (religiosae); besonders beschützte und daher in einem höhern Grade unverletzliche und mehr Achtung gebietende Gegenstände, (sanctae) — überall als solche; Hoheitsrechte in Beziehung auf Privatbesitz; die persönliche und Gewissensfreiheit; Rechte, die bloß an die Person des Inhabers gebunden sind, (jura personalissima) z. B. Aemter und Würden *a*).

Wenn diese Gegenstände bei dem ersten Anblick an sich soweit ausser dem Verkehre zu liegen schei-

---

a) In Baiern sind auch alle Gewerbsrechte, deren Ausübung nicht mit besonders eingerichteten Gebäuden nothwendig verbunden ist, wie Brauereien und Mühlen, und darum für radicirt und real erachtet werden, als auf bloßer persönlicher Geschicklichkeit, daher auch nur auf persönlicher Berechtigung beruhend, unveräusserlich. Vergl. von Gönner's und von Schmidtlein's Jahrbücher der Gesetzgeb. u. Rechtspflege im Königr. Baiern. III. Bd. S. 205 ff.

nen, daß deren besondere Erwähnung, vornämlich in einer praktischen Abhandlung für überflüssig gehalten werden mag, und wenn selbst die Art, wie deren Theorie hin und wieder behandelt und mit, freilich oft unpraktischen Beispielen belegt wird, dieses Urtheil zu bestärken scheint: so muß uns dieß dennoch nicht verleiten, das dießfalls zu Bemerkende bloß für theoretische Spielerei zu halten, und so dem großen Haufen gemeiner Praktiker zu folgen, die nur nach den täglichen Erscheinungen einen Maßstab für das vermeintlich Brauchbare und Unbrauchbare aus dem Gebiete der Theorie sich zu machen pflegen. Es fehlt ganz und gar nicht an Geschäften im bürgerlichen Leben, deren Haltbarkeit schlechterdings mit dem Maßstabe dieser Grundsätze geprüft werden muß. Ueberhaupt ist es ein großer Fehler, wenn manche Praktiker einen theoretischen Satz, dessen oft sehr fruchtbare Folgen sie nicht sogleich mit Händen greifen, bloß darum für steril halten. Daher rührt es denn, daß man nicht selten den Weg vom Besondern auf das Allgemeine nicht findet, und bloß unter dunkeln Gefühlen, daß etwas recht oder nicht recht sey, herumschwankt, also wenn Meister Stapf eigenmächtig ein Loch durch die Stadtmauer, die ihm zufällig zugleich zur Wand seines Hauses dient, bricht, um sich einen bequemen Eingang in seinen Garten zu verschaffen, nicht gleich sich zu recht zu finden weiß, ob ihm dieses gewehrt werden könne oder nicht.

§. 53.

β) Relativ.

Beziehungsweise kann eine Sache dem Verkehr entzogen seyn,

a) in Rücksicht auf die Person des Besitzers, wohin Pupillen- und Dotalgüter gehören;

b) in Rücksicht auf die Person des Erwerbenden, indem er eine Sache dieser Art nicht besitzen darf. Hieher gehören die oben (§. 38. n. 10—14.) bemerkten Fälle. Aber auch

c) ausser diesen Rücksichten können Sachen dem Verkehre beziehungsweise entzogen seyn:

1) aus Gründen, die in einem beschränkten Besitztitel liegen. Wenn die Sache nicht im Alleineigenthume des Rechtssubjekts, oder dessen Eigenthum unvollständig oder eingeschränkt ist; so ist auch dessen Verkehr damit beschränkt. Dergleichen beziehungsweise Statt findende Verkehrshindernisse sind die Lehenbarkeit, die Eigenschaft eines Stamm- oder Fideicommißgutes, der Besitz aus einem revocabeln Titel z. B. sub pacto reservati dominii, de retrovendendo u. s. w. Da wo das Hypothekenwesen solid eingerichtet ist, müssen dergleichen specielle Verkehrshindernisse, um gegen einen Dritten wirksam zu werden, in den Hypothekenbüchern auf das damit beschwerte Immobile vorgemerkt seyn.

2) Wenn die nothwendige Erhaltung für den Zweck ihrer Bestimmung gewisse Sachen absolut dem Verkehr entzieht, so können die nämlichen Sachen wiederum als relativ veräusserlich erscheinen, wenn jener Zweck auf andere Weise, und so, daß die Veräusserung selbst die Mittel dazu giebt, erreichbar ist. Sind also res sacrae, sanctae, religiosae als solche schlechthin unveräusserlich, so findet gleichwohl deren Veräusserung mit Aufhebung jener Eigenschaft zum profanen Gebrauche Statt, jedoch nur unter gewissen Voraussetzungen. Dieß ist auch der Fall bei Kirchen-, Stiftungs-, Kämmerei-, Gemeinde- und Domainengütern.

3) Durch das Gesetz unmittelbar, aus Gründen des gemeinen Wohls oder zur Abwendung besorglicher Gefährde können gewisse Sachen vom Verkehr ausgenommen seyn. Dahin gehören: a) Theile eines consolidirten Gutskörpers; b) Materialien aus einem Gebäude, sofern als sie nothwendige Theile seiner Substanz oder Haltbarkeit sind (tignum junctum); c) die Erbschaft eines Lebenden; d) contrebande Waaren; e) Früchte auf dem Halm.

4) Auch durch Privatwillkühr können Sachen dem Commerz entzogen werden.

§. 54.

Wiefern die Verkehrshindernisse gehoben werden können.

Es giebt keine Sache, die an sich Gegenstand des Privateigenthums oder des ausschließlichen Gebrauchs seyn kann, welche nicht auch zugleich im Commerz wäre. So sind z. B. schon Monstranzen, Kelche, Meßgewänder und andere geheiligte Dinge Gegenstand der Veräusserung geworden, oft wohl in sehr unheilige Hände gekommen. Alles hängt davon ab, ob der Grund nicht mehr wirksam ist, weßhalb das Gesetz oder die Willenserklärung das Verkehr damit untersagt hat, es sey nun, daß die bei dem Verbote Betheiligten eingewilligt oder überwiegende Gründe dessen Aufhebung rathsam gemacht haben. Es haben aber die Gesetze, theils wegen der wichtigen Folgen des Verkehrs mit dergleichen Gegenständen, theils wegen der Schwierigkeit der Consenseinholung von sämmtlichen Betheiligten, gewisse Feierlichkeiten zur Gültigkeit eines solchen Geschäfts vorgeschrieben, die man sich bei dessen Behandlung besonders zu merken hat. Dieß ist nun namentlich der Fall bei der Veräusserung von Sachen, die un-

mittelbar oder mittelbar einen gottesdienstlichen Zweck haben, (res sacrae et ecclesiasticae) oder zu den sanctis et religiosis gehören. Das wesentlichste Erforderniß zu ihrer Veräusserung ist die Entbehrlichkeit für ihre Bestimmung oder der überwiegende Vortheil, der aus der Veräusserung für den Zweck ihrer ursprünglichen Bestimmung selbst entspringt. Stiftungs-, Communal-, Domainen-Güter sind aus gleichem Grunde veräusserlich; nur muß überall die Entbehrlichkeit und der Vortheil von den Interessenten geprüft und darauf ein rechtsgültiger Beschluß gefaßt werden, also im verfassungsmäßigen Wege je nach den Umständen: von kirchlichen Obern, Repräsentanten der Gemeinden, Agnaten, Landständen ꝛc. Was von der Veräusserung des Eigenthums gilt, gilt auch von der Verpfändung und von jeder den Substantial- oder den Nutzungswerth schmälernden Belastung.

Ist der Gegenstand ein Lehen, so ist die Einwilligung des Lehensherrn und der Lehensfolger erforderlich. Bei Bauergütern wird da, wo ein getheiltes Eigenthum eintritt, die Einwilligung des Obereigenthümers je nach Verschiedenheit der, durch die ursprüngliche Verleihung (Verstiftung) oder durch Herkommen begründeten Rechtsverhältnisse gefordert, wovon im folgenden § mit mehrerem. Stammgüter (bona avita) können zwar an Familienglieder frei, an Fremde aber nur mit Consens aller Familienglieder veräussert werden; Familienfideicommisse bedürfen zu ihrer Veräusserung und Belastung nicht nur der Einwilligung der sämmtlichen Interessenten, sondern auch der landesherrlichen Bestätigung. — So oft also der Fall einer Veräusserung in einer der bemerkten verschiedenen Beziehungen vorkommt, muß sich der Richter die einschlagenden partikular-

rechtlichen und verfassungsmäßigen Erfordernisse bekannt machen, und besonders in der Registratur nachsehen, ob sich nicht ähnliche Fälle auffinden lassen, die ihm dann zum Wegweiser dienen können.

Von den Modalitäten bei der Veräusserung eines Dotalfundes und eines Pupillenguts wird in der Folge gehandelt werden. Bei Dismembrationen gebundener Güter ist neben der Genehmigung der Landespolizei-Behörde (die wie jede dergleichen Genehmigung natürlich eine genaue Untersuchung und Prüfung ihrer Zweckmäßigkeit voraussetzt), sofern sie im Dominikal-Nexus stehen, vornämlich der Consens des Gutsherren einzuholen. Verträge über die Erbschaft eines Lebenden werden nur unter dessen bis zu seinem Tode fortgesetzter Einwilligung gültig *a*); Früchte auf dem Halm sind in sofern verkäuflich, als der Käufer den Marktpreis zur Zeit der Ernte stipulirt *b*).

Ehe das Verkehrshinderniß gehoben ist, kann der Richter ein dergleichen Geschäft vor sich weder vollziehen lassen, noch weniger demselben die Bestätigung ertheilen, auch nicht auf Gefahr der Interessenten. Auch die an sich eben so widersinnige als zwecklose salvatorische Clausel *c*) würde die Sache nicht besser machen, oder den Richter der Verant-

---

a) L. ult. C. de pactis (II. 3.)

b) R. Pol. Ordn. de 1548. Tit. 19.

c) „Daß die Confirmation dem Richter, seinen Erben und Amtsnachfolgern, so wie jedem Dritten an seinen Rechten unschädlich seyn solle". v. Trützschler's Anweisung zu rechtl. Aufsätzen ꝛc. I. S. 18. — Von den Amtsnachfolgern und Dritten versteht es sich von selbst; der Richter aber kann sich und seine Erben auf eine so bequeme Weise nicht verantwortungsfrei setzen.

wortlichkeit überheben, wenn dadurch jemand im guten Glauben auf seine Auctorität und weil man weiß, daß jene Clausel gewöhnlich auch da beigefügt wird, wo an der Gültigkeit des Geschäfts nicht gezweifelt werden kann, getäuscht werden sollte. Es müssen daher die Contrahenten vor allen deutlich und mit unzweideutigen Ausdrücken auf das obwaltende Hinderniß aufmerksam gemacht, und was sie zu dessen Hebung zu thun haben, mündlich zum Protocoll oder schriftlich durch ein motivirtes Dekret bedeutet werden. (Vergl. §. 14. und unten VI. Kapitel.)

§. 55.

Ueber die Veräusserungsbeschränkungen der Besitzer von Bauergütern.

Das Verkehr, welches den Besitz, die Veräusserung, Verpfändung oder sonstige Belastung des Rustikal-Grundeigenthums angeht, gehört zu den am häufigsten vorkommenden Geschäftsgegenständen der Gerichte, für welche diese Abhandlung zunächst bestimmt ist, nämlich der Untergerichte, und unter diesen der Untergerichte auf dem platten Lande, und eben deßhalb ist auch die Materie von der Veräusserungsbeschränkung der Besitzer solcher Güter eine von den vorzüglich fruchtbaren. Dieß wird einiges Verweilen bei diesem Gegenstand und die nähere Untersuchung der Frage rechtfertigen:

wiefern ist der Bauer rücksichtlich der Veräusserung, Belastung oder Verpfändung seines Gutes beschränkt oder nicht?

Man kann nirgends mehr Gefahr laufen, durch übereilte Formirung und Anwendung allgemeiner Regeln zu irren, als in der Theorie von dem Rechte der

deutschen Bauergüter und ihrer Besitzer *a*); denn diese Rechte beruhen ursprünglich auf Verträgen, also auf der wandelbaren Willkühr der Vertragschließenden, die sich gleichsam von einer Veränderung im Besitze zur andern fortvererbt hat. Hierzu kommt, daß die Colonat- oder ähnlichen grundherrlichen Verträge, welche von dem ursprünglichen Volleigenthümer mit dem Bauer über den Anbau und die Benützung eines Grundbesitzthums geschlossen wurden, in der Regel im Strome der Zeit untergegangen sind, und nur Spuren mittelst einer Art praktischer Ueberlieferung zurückgelassen haben *b*), woran jedoch veränderte politische und staatswirthschaftliche Ansichten der gesetzgebenden Macht, und die durch die zunehmende Aufklärung begünstigte Regsamkeit der Nutzungseigenthümer in Benützung ihres Vortheils je nach Gele-

---

a) Vergl. G. C. Leiseri Jus georgicum, s. tractatus de praediis, von Landgütern ꝛc: Lips. et Francof. 1698. fol.
J. Deneke neuvermehrtes Dorf- u. Landrecht. Han. 1739. 3 Thle. 4.
J. G. Klingner's Sammlungen zum Dorf- u. Bauern-Recht. Leipz. 1749. 2 Thle. 4.
D. G. Strube de jure villicorum vulgo vom Meierrecht (IV. Ausg.) Hann. 1770. 4.
F. C. von Buri Abhandl. von denen Bauerngütern in Deutschland ꝛc. mit Runde's Zusätzen. Gießen 1783. 4.
J. A. Seuffert das Baurecht, die Reallasten und das Näherrecht (nach der Baierischen Gesetzgebung) Würzb. 1819. 8.

b) Die Zinsbücher ꝛc. der Gutsherren möchte ich nicht so schlechthin als Quellen gelten lassen, sondern nur in sofern, als besondere Gründe für ihre Authenticität die sonstige Regel von der scriptura privata pro scribente nihil probante unkräftig machen, oder wenn es dem Beweise contra scribentem gilt, alsdann freilich unbedingt.

genheit manche Veränderung, und wie zu erwarten war, nicht zum Vortheile des Obereigenthümers wirkten. Es kommt also hier alles darauf an, den rechtlichen Besitzstand, das Herkommen und die Partikulargesetze zu kennen, um in dieser Materie richtig zu urtheilen. Im Allgemeinen läßt sich Folgendes bemerken:

Wir sehen bei der Würdigung des Daseyns und Umfangs eines Verkehrshindernisses hier dreierlei Hauptarten von Bauergütern vor uns: einmal solche, welche freies Eigenthum der Besitzer ohne alle Widerrede sind, dann solche, wo dem Besitzer nur ein unvollkommenes, oft sogar widerrufliches Eigenthum zusteht, endlich eine Mittelgattung, die sogenannten Erbmeier- und Erbzinsgüter. — Wir setzen also sofort bei Seite diejenigen Bauergüter, die im förmlichen Lehensverbande stehen (feuda rusticana); denn daß hier der Vasall nicht willkührlich disponiren kann, ist von selbst klar. Dagegen leidet

1) die Frage, ob eine Beschränkung eintritt, ohne weiters eine verneinende Beantwortung bei den freieigenen Gütern der Bauern, die entweder ausser Territorialabgaben gar keine Gefälle oder nur einen sogenannten schlechten Zins (census constitutivus, im Gegensatze von einem vorbehaltenen — reservativus) entrichten. Denn bei diesen, übrigens nicht sehr häufig vorkommenden Gütern ist von einem getheilten Eigenthume gar keine Rede, und an der Veräusserlichkeit nach Willkühr des Besitzers als Volleigenthümers ohnehin überall nicht zu zweifeln.

2) Aber eben so wenig kann auf der entgegengesetzten Seite über diejenigen Bauergüter noch eine Frage seyn, wo dem Bauer nur ein unvollkommenes, oft selbst widerrufliches Eigenthum zusteht, als wohin gehören: die sogenannten Temporalleihen, die

Meiergüter, Leihgüter *a*) und in Altbaiern *b*) diejenigen Güter, welche dem Bauern nur für seine Person (Leibrechtsgüter), oder auf die Lebens- zeit des Grundherrn (Neustifts-) oder auf bloßen Widerruf (Herrngunst-Güter) verliehen sind. Denn hier tritt der Natur der Sache nach eine Dispositionsbeschränkung des Bauers ein; aber eben in der Natur dieser Beschränkung liegt es zugleich, daß deren Nichtbeachtung, während sie denjenigen allerdings gefährdet, der sich mit dem unvollständigen Besitzer in ein Verkehr einläßt, dem Gutsherrn sehr gleichgültig seyn könnte.

3) Die Bauergüter, mit welchen wir es für unsern Zweck hier ausschließlich zu thun haben, sind diejenigen, welche im unwiderruflichen, bis auf die davon zu entrichtenden Abgaben und Leistungen unbeschwerten, mithin im vollständigen Eigenthume des Besitzers sich befinden, und gewöhnlich mit dem Namen Erbleih- Erbmeier- Erbzinsgüter belegt werden *c*). Ich weiß wohl, daß diese

---

a) Runde deutsches Priv. Recht §. 506.

b) Seuffert in der angef. Schrift.

c) Das Wort Erbe ist nach einer veralteten Bedeutung mit Eigen im Gegensatze von Lehen gleichbedeutend. Namentlich bezeichnet man damit ein eigenthümliches Grundstück. Vergl. Adelung's gramm. krit. Wörterbuch der hochdeutschen Mundart sub voce: Erbe; oder nach Haltaus in gloss. v. Erbe: Erbe jure Germ. vocatur possessio hereditaria, bona immobilia, hereditate accepta aut ad heredes devolvenda. Der Erbmann wäre also derjenige, der das Erbe d. h. das Eigenthum hat, der eigenthumsweise besitzt; so wie der Lehenmann, der lehensweise besitzt.

Vorstellung von der gewöhnlichen Theorie abweicht, wo man gleichsam unter Fortvererbung veralteter feudalisirender Vorurtheile und in dem frommen Wahne des bekannten nulle terre sans Seigneur, von dem Begriff eines Erbzinsherrn die Idee eines Obereigenthümers im Gegensatze vom Erbzinsmann als bloßem Nutzeigenthümer für unzertrennlich hält, und von einem getheilten Eigenthume, wie von einer ausgemachten Sache spricht. Ich kann indessen, wenn ich die Sache unbefangen betrachte, und die Stimme der Erfahrung höre, meine obige Vorstellung und Behauptung, daß dem Erbzinsmanne das volle Eigenthum an seinem Gute zustehe, nicht für einen nichtigen Einfall halten. Es fehlt jener Theorie vom Obereigenthum und getheilten Eigenthum, wenn man daneben die Erscheinungen im wirklichen Leben betrachtet, in der That an aller Realität. Frage man doch nur nach den Befugnissen des s. g. Obereigenthümers bei einem Erbzinsgute, ja selbst bloß nach seinem Interesse, oder was er eigentlich für Nutzen oder Schaden aus einer beschränkten oder minder beschränkten Disposition des Erbmannes habe; und man wird sich sogleich überzeugen müssen, daß es mit dieser ganzen Herrlichkeit wenig auf sich hat. Das ganze Interesse des Erbzinsberechtigten oder (um das wohlgefälligere Herr beyzubehalten!) des Erbzinsherrn kommt lediglich darauf zurück,

a) was die Veräusserung betrifft, daß das Gut an keinen Besitzer gebracht werde, der die Verpflichtungen eines Erbzinsmannes zu erfüllen nicht vermögend ist, und

b) daß es mit keiner diese Verpflichtungen erschwerenden Last belegt werde.

Nun hat aber der Bauer gegen den Erbzinsberechtigten keine Verpflichtungen, als

1) Abgaben und zwar ständige an Geld (Zinsen) oder Naturalien (Gilten, Zehnten) und unständige: Handlohn (Lehenwaare, Laudemium) in Veräusserungsfällen, 2) Dienste (Frohnen, Schaarwerke). Abgesehen von dem Fall eines etwa vertragsweise oder gesetzlich bestimmten. Näher- oder Einstandsrechts kann also bey einer Veräusserung des Erbzinsguts dem Erbzinsberechtigten rechtlich nur daran gelegen seyn, daß kein jene Verpflichtungen zu leisten unvermögendes Subjekt auf das Gut komme. Es muß ihm daher der neue Erbzinsmann vorstellig gemacht werden, um sich von dessen Qualifikation zu überzeugen, besonders aber um zu wissen, an wen er sich wegen seiner Abgaben persönlich zu halten habe. Die Hauptsache ist indessen immer die bey einer solchen Veränderung eintretende Abgabe oder das Handlohn. Denn mit der Qualifikation pflegt man es eben so genau nicht zu nehmen. Kann der neue Meier nur sein Handlohn und die sonstigen Gebühren (namentlich, wenn der Erbzinsherr auch die Patrimonialgerichtsbarkeit *a*) hat, die Gerichtstaxen oder Sporteln) aufbringen; so macht man ihm wegen seiner übrigen Fähigkeit nicht viel Schwierigkeiten *b*); wohlerwägend, daß für die Vermöglich-

---

a) Auch von dem Besitze dieser Patrimonialgerichtsbarkeit läßt sich nicht ohne weiters ein Schluß auf den Besitz des Obereigenthums machen, sofern als jene Gerichtsbarkeit auf einem andern Fundament als dem des Eigenthums und der ursprünglichen Hörigkeit beruhend, nach richtigern Begriffen wenigstens angenommen werden muß, nämlich auf dem Titel der Verleihung von Seiten der Staatsjustizgewalt.

b) Beinahe naiv klingt der Begriff von Laudemium, den nach

keit des Käufers zu sorgen zunächst der Verkäufer das meiste Interesse hat, und wohlerwägend zugleich, daß im schlimmsten Falle — non deficit alter und somit ein abermaliger Handlohnsfall. Ueberdieß ergiebt sich die Unfähigkeit, das Gut gehörig bewirthschaften und behaupten zu können, ohnehin gewöhnlich erst in der Folge, und wenn der neue Erbzinsmann schon darauf sitzt. Nirgends erscheint hier die Nothwendigkeit eines eigentlichen Veräusserungsconsenses begründet, und die Rede ist überall nur von der Befugniß einer bedingten Annahmsverweigerung, sofern als der neue Besitzer wirklich als unfähig sich darstellt, aber sogar auch in dieser Beziehung, wie wir eben bemerkt haben, mit wenig praktischer Anwendbarkeit. Will man indessen dieses einen Veräusserungs-Consens nennen, so mag man es; nur muß man damit keinen andern als den bemerkten Begriff verbinden, am wenigsten einen vom Verhältniß des Vasallen zum Lehenherrn entlehnten, und man muß nicht in absoluter Allgemeinheit sagen: der Erbzinsmann darf sein Gut ohne Einwilligung des Erbzinsherrn nicht veräussern.

Noch weniger bedarf es einer Einwilligung zur Verhypothezirung des Gutes von Seiten des Erbzinsberechtigten. Denn ist der Canon und die sonstigen erbzinsherrlichen Prästanda dabei nicht gefährdet, so ist vollends kein Grund eines Consenses einzusehen; sind sie aber gefährdet, so erscheint das Geschäft als eine res inter alios acta, und dasselbe praju-

---

der Etymologie Haltaus in glossar. s. v. Lehenware giebt, wenn er sagt: est pecunia, quae domino datur pro eo, ut novi vasalli et coloni jus agnoscat, laudet i. e. approbet. Wenn er also nur Geld sieht, so lobt er schon!

dizirt also dem Erbzinsherrn in keiner denkbaren Beziehung.

Ausnahmen von dieser Regel müßten durch Gesetze, Verträge oder einen rechtlichen Besitz begründet seyn. Daher muß man auch nicht, wie so häufig geschieht, Guts- oder Grundherr und Erbzinsherr geradezu für synonym halten, und damit in das Verhältniß des Bauers zum Zinsberechtigten so zu reden von vorn herein die Idee einer Unterthänigkeit und Herrlichkeit bringen, welche hier gewöhnlich so unerfindlich und unpassend ist, als bedeutungslos, wie gedacht, das Wort Obereigenthum ist, da wo die ganze Befugniß des Obereigenthümers gegen das Objekt seines Obereigenthums sich auf weiter nichts, als auf die Forderung einiger mäßigen Leistungen erstreckt, und wo kein Mensch in der Welt daran denkt, und, wenn er nicht sehr einfältig oder eingeschüchtert ist, der Bauer selbst nicht, daß er bei der Ausübung der Eigenthumsrechte über sein Gut nach ihrem ganzen Umfange noch einen Andern über sich hätte, als allein Gott und das Gesetz. Mag es seyn, daß dieß alles nur Worte sind; aber da sie der Anmaßung nur zu gern einen Vorwand leihen, so ist es wenigstens immer besser, da, wo die Sache selbst ihnen keine Bedeutung giebt, der Schwachen wegen sie nicht zu gebrauchen. Auch das Wort Unterthan hat hier etwas unholdes, und es fällt einem, in Beziehung auf das Verhältniß dieses Herrn und dieses Unterthans als gemeinschaftlicher Unterthanen eines größern Herrn, des Regenten, beinahe unwillkührlich jene bekannte etwas derbe Replik ein, womit König Friedrich Wilhelm I. von Preußen seinem Kammerdiener begegnete, als dieser beim Vorlesen des Abendsegens aus Respekt das: der Herr segne Euch und behüte Euch in das Geschmeidigere: der

Herr segne Sie und behüte Sie, umwandelte. —

Die österreichische und preußische Gesetzgebung, vornämlich die erstere, kommt wesentlich mit der hier vorgetragenen Theorie überein. Das österreichische bürgerliche Gesetzbuch bestimmt *a*): Aus der bloßen Abführung eines fortdauernden Zinses oder jährlicher Renten von einem Grundstücke kann man noch nicht auf die Theilung des Eigenthums folgern. In allen Fällen, in welchen die Trennung des Rechtes auf die Substanz von dem Rechte auf die Nutzungen nicht ausdrücklich erhellet, ist jeder redliche Besitzer als vollständiger Eigenthümer anzusehen. — Die Rechte des Ober- und Nutzungs-Eigenthümers kommen überhaupt darin überein, daß ein jeder mit seinem Theile in soweit verfügen kann, als die Rechte des Andern dadurch nicht verletzet werden. — Der Obereigenthümer ist insbesondere berechtigt, dem Nutzungs-Eigenthümer nicht nur die Verringerung der Nutzungssache, sondern auch alle Veränderungen zu untersagen, wodurch die Ausübung seiner Rechte vereitelt oder erschwert werden kann. Der Nutzungs-Eigenthümer bedarf zur Veräusserung die Einwilligung des Obereigenthümers nicht (also selbst bei wirklich getheiltem Eigenthume nicht!); doch muß er ihm den Nachfolger zur Beurtheilung, ob derselbe dem Gute vorzustehen und die darauf haftenden Lasten zu entrichten fähig sey, namhaft machen. Auf ein Vorkaufs- oder Einstandsrecht hat der Obereigenthümer keinen Anspruch. Hat sich aber derselbe diese Einwilligung und Rechte ausdrücklich vorbehalten, so muß er sich binnen 30 Tagen nach der ihm

---

a) §§. 360, 1127, 1129, 1140, 1141.

gemachten ordentlichen Anzeige erklären. Nach dieser Frist wird seine Einwilligung für ertheilt gehalten. Ohne Ausübung des Vorkaufs- oder Einstandsrechts kann er die Einwilligung nur wegen offenbarer Gefahr der Substanz und der damit verknüpften Rechte verweigern."

Das preußische allgem. Landrecht *a*) bestimmt: „Wenn dem Besitzer das nutzbare Eigenthum eines Grundstücks gegen eine dafür zu entrichtende gleichförmige und beständige Abgabe verliehen, und dem Empfänger dieser Abgabe das Obereigenthum vorbehalten ist; so wird ein solches Grundstück ein Erbzinsgut, der nutzbare Eigenthümer Erbzinsmann und der Obereigenthümer Erbzinsherr genannt. Ob ein solches getheiltes Eigenthum vorhanden sey, ist hauptsächlich nach dem Inhalte der Urkunde, worauf das Recht des Besitzers sich gründet, zu beurtheilen; ferner nach der Bestimmung, daß die Abgabe zum Anerkenntnisse des Obereigenthums entrichtet werden solle; auch nach dem Umstande, daß das Grundstück dem ersten Besitzer als ein noch nicht in Cultur gesetztes Land unter der Culturbedingung und gegen Entrichtung der Abgabe eingeräumt worden. Der Erbzinsmann ist berechtigt, das ihm zustehende nutzbare Eigenthum nach seiner Nothdurft zu belasten, und sowohl unter Lebendigen als von Todes wegen zu veräussern. Zu Veräusserungen unter Lebendigen ist jedoch die Einwilligung des Erbzinsherrn erforderlich. Dieser kann dieselbe aber nur alsdann versagen, wenn der neue Besitzer unfähig ist, dem Gute durch sich selbst oder durch Andere gehörig vorzustehen und die darauf haftenden Lasten zu entrichten. —

Zu

a) Th. I. Tit. 18. §. 683 ff. 697 ff. 707 fg.

Zu Verpfändungen bedarf der Erbzinsmann an sich keiner Einwilligung des Obereigenthümers. Dieser ist aber auch, wenn das Erbzinsgut an ihn sich erledigt a), die darauf haftenden Schulden nur soweit anzuerkennen und zu übernehmen verbunden, als dasjenige, was er alsdann an gezahltem Angelde und zu vergütenden Meliorationen herausgeben müßte, zu deren Abstoßung hinreicht".

B. Form des Rechtsgeschäfts;

§. 56.

Begriff.

Wir betrachten hier eine innere und eine äussere Form, nämlich

I) die Art und Weise, wie sich die Willkühr der Geschäfts-Subjekte äussert, und zwar in Bezie-

---

a) Die nach dem preuss. Landrecht a. a. O. §. 771 ff. 1) wegen 3jähriger Nichtentrichtung des Canons, 2) wegen schlechter Verwaltung, 3) wegen Verlassung des Gutes von Seiten des Erbzinsmannes noch Statt findende Strafe des Verlustes des Erbzinsrechts (Gutsheimfälligkeit aus Strafe, Caducität, Abmeierung, Austreibung des Bauers) kennt das österreichische Gesetzbuch nicht, und in Baiern ist dieses Recht des Guts- oder Erbzinsherrn schon seit 1808 abgeschafft, diese Abschaffung auch in der Verfass. Urkunde vom 26. Mai 1818. Beil. VI. wiederholt ausgesprochen. Der Gutsherr kann hier in den Fällen, wo sonst die Caducität Statt gehabt hat, wenn er durch die hierzu veranlassenden Handlungen beschädigt worden ist, nur auf Schadensersatz klagen. Auch das grundherrliche Einstandsrecht (Retrakt) ist in Baiern abgeschafft. Ueberdieß sind in Baiern alle in grundherrlichen Verträgen constituirte ständige und nichtständige Renten und Lasten nach dem Einverständnisse der Betheiligten ablösbar.

hung auf die Art (species) des Produkts der Willkühr, und auf die Weise (modus), wie es Produkt geworden und werden konnte; z. B. den Kaufvertrag über ein Landgut — und wie (unter welchen Modalitäten) er zu Stande gekommen. Wir nennen dieses die innere Form des Geschäfts. Wir können aber auch betrachten

II) die gesetzliche oder gewillkührte äussere Gestalt, unter welcher das, was wir zur innern Form rechnen, in die Reihe der sinnlichen Erscheinungen tritt. Wir nennen dieses die äussere Form. Also muß z. B. jener Kaufvertrag nach gesetzlicher Verordnung oder nach der Verabredung der Contrahenten zu seiner Vollkommenheit zu Papier gebracht werden. Bei der innern Form sehen wir lediglich auf die Erfordernisse der Gültigkeit des Geschäfts seinem Begriff und rechtlichen Wesen nach, oder auf seine materiellen Eigenschaften; bei der äussern Form, Form im engsten Sinne, auf die, abgesehen von Gesetz und Convention, zufällige äussere Gestalt, die freilich auch eben so wesentlich für die juristische Existenz des Geschäfts seyn kann als die Einwilligung der Contrahenten, wenn die Gesetze von der Beobachtung gewisser Förmlichkeiten die Gültigkeit desselben abhängig gemacht haben, z. B. die Forderung von 7 Testamentszeugen.

I. Innere Form.

§. 57.

Wesentlichkeit der Einwilligung.

Zur innern Form eines Rechtsgeschäfts gehört die Willenserklärung des Subjekts desselben. Diese kann sich einseitig äussern, wenn nur Ein

Rechtsgeschäftssubjekt ist, wie bei letztwilligen Verordnungen und auch bei denjenigen Geschäften unter Lebendigen, die zu ihrer Gültigkeit keiner Acceptation bedürfen, wie Verzichtleistungen *a*); oder zweiseitig, wenn mehrere Subjekte sind. Diese vereinigte Willensäusserung zweier oder mehrerer Subjekte in einem Gegenstande heißt Einwilligung (consensus), und dieselbe ist das erste und wesentlichste Erforderniß der Gültigkeit eines Rechtsgeschäfts.

So einfach und einleuchtend dieser Satz in der Theorie ist, so häufig wird im Leben dagegen verstossen und seine Aufrechthaltung ist eigentlich die Tendenz der ganzen richterlichen Mitwirkung bei den Geschäften der Staatsbürger, wie sie den Gegenstand dieser Abhandlung ausmacht. Die meisten Streitigkeiten über die Auslegung von Willenserklärungen, die meisten Prozesse, die unter dem Vorwand eines Mißverständnisses, der List, des Betrugs gestritten werden, haben ihren Grund in dem Mangel eines Erfordernisses, dem häufig nur der äussern Form nach genügt ist, durch den Handschlag bei mündlichen und durch die Unterschrift bei schriftlichen Verträgen, so wie durch den Wust gedankenlos zu Papier gebrachter Versicherungen: „daß man alles „wohl verstanden und wissentlich und wohlbedächtlich „eingegangen habe, auch aller deßfallsigen Einwen„dungen sich begebe", wobei in der Regel nicht einmal der Schreiber des Aufsatzes etwas denkt, zu geschweigen diejenigen, die es zunächst angeht. Der Richter, der das Geschäft leitet, hat daher seine Pflicht nur halb erfüllt, wenn er sich damit begnügt, die Angelegenheit der Parteien nur ohne weiters

---

a) Hommel in Rhaps. Obs. 11.

nach ihrem Vorbringen zu Protokoll zu nehmen, wenn er sich nicht vielmehr die Mühe nimmt, in ihren wahren Sinn und in die Absicht ihrer Erklärung, ja selbst, versteht sich mit der nöthigen Bescheidenheit, in die Gründe ihrer Willensbestimmung einzudringen und die vielleicht unrichtigen Vorstellungen derselben von den rechtlichen Wirkungen des Geschäfts zu berichtigen. Er hat seine Pflicht nur halb oder gar nicht erfüllt, wenn er sich hier nur leidend verhält, nicht in den Schranken thätig wird, die oben (§. 9. fg.) schon im Allgemeinen angedeutet worden sind, und noch an mehrern Stellen dieser Schrift besonders angedeutet werden sollen.

Jedes Rechtsgeschäft ist also vor allen bedingt durch die Einwilligung der Betheiligten. Unverbindlich sind daher auch bloß vorläufige Verabredungen, denen in Beziehung auf die Erwerbung oder Veräusserung eines Rechts kein wechselseitig einstimmender Wille zum Grunde liegt, wovon im folgenden §. mit mehreren.

§. 58.

Von Traktaten, Punktationen und präparatorischen Verträgen überhaupt *a*).

Die Identificirung der Interessen verschiedener Rechtssubjekte oder das verbindliche Anerkenntniß,

---

a) J. G. Bremen diss. de tractatibus, von Handlungsvorschlägen vulgo Traktaten. Jenae 1681.

M. Grassus diss. de pacto futuri contractus praeparatorio. Tub. 1688.

Pet. Müller diss. de minuta, vulgo von Punctationen. Jen. 1690.

daß dasjenige, was in Beziehung auf die Erwerbung oder Veräusserung eines Rechts dem Einen vortheilhaft dünkt, auch dem Andern also erscheine, mit andern Worten: der consensus duorum in idem placitum, ist wohl nur selten das Produkt eines plötzlich übereinstimmenden Entschlusses; nur allmählig assimiliren sich die heterogenen Interessen. So ist denn die Begründung gewisser Rechtsverhältnisse durch übereinstimmenden Willen oder ein Vertrag gewöhnlich nur das Resultat mehrerer gegenseitiger Erklärungen, und man kann sagen, daß auf dem Wege von dem Punkte an, wo die erste Idee zum Vertrage gefaßt und erklärt worden, bis zu dem Punkte des vollständigen Abschlusses mehrere Stationen sind. Auf keiner derselben hat man das Ziel erreicht, aber man nähert sich demselben je mehr und mehr. Die Vertragslustigen können, um bei diesem Gleichnisse zu bleiben, auf den ersten Standorten gegenseitig zu Erklärungen gekommen seyn, die jeder in Ueberlegung nimmt. Das Verhältniß dieses Standorts bezeichnen wir mit dem Ausdrucke Traktaten. — Die Interessenten gehen weiter; von den anfänglich bloß zur Ueberlegung genommenen Vorschlägen werden einige oder mehrere gebilligt; man geht noch weiter und kommt rücksichtlich der Hauptpunkte des Geschäfts ins Reine. Weniger oder mehr haben wir hier schon das Produkt des bezielten Vertrags. Werden die Resultate dieser vorläufigen

---

Henr. Hildebrand de punctationibus vulgo von Entwürfen oder ersten Aufsätzen. Altorf. 1699.

Jo. Jac. de Lier, pactum praepar. actionem producens et non prod. Altorf. 1716.

A. G. Petermann de valore pactorum, quibus praeparantur contractus. Lips. 1730.

Uebereinkunft über die Hauptpunkte des Vertrags zu Papier gebracht und diese Scriptur von beiderlei Interessenten gehörig vollzogen, so haben wir eine Punktation [minuta *a*)]. Von beiden Theilen muß dieselbe unterschrieben seyn. Ist sie nur von einem Theile unterschrieben, so verpflichtet sie nicht einmal den Unterschreibenden. Das nämliche gilt auch von jedem Vertrage, der nach gesetzlicher Vorschrift, oder nach der Willkühr der Betheiligten seine Perfektion durch die Schrift erhalten soll *b*).

---

a) Der Franzose versteht unter *Minute*, was wir Deutsche mit dem Ausdruck Concept bezeichnen; (l'original et le brouillon de ce qu'on écrit d'abord, pour en faire ensuite une copie, et le mettre plus au net; et plus particulièrement l'original des actes, qui demeure chez les Notaires, pour faire foi des copies qu'ils expedient, et qu'on appelle Grosses et Expeditions. *Dict. de l'Acad. Franç.* v. *Minute.*) Minuta ist auch bei uns im Notariatswesen gleichbedeutend mit Imbreviatura oder Protocollum. Müller in cit. Diss. de minuta p. 10. Daher ist noch jetzt der Ausdruck Concept Protokolls bisweilen im Gebrauche, der aber zu einer gefährlichen Vorstellung von den Eigenschaften eines Protokolls führt, wie wir im VI. Kap. sehen werden. Denn kein Protokoll darf als Concept behandelt, und Original und Brouillon für gleichviel in Beziehung auf die wesentlichen Erfordernisse dieses Stylprodukts genommen werden.

b) Im bürgerlichen Verkehre wird nicht selten gegen diese Regel gefehlt. Man glaubt, bei einem doppelt ausgefertigten schriftlichen Privatvertrage sey es schon genug, wenn nur jedes in den Händen des Einen bleibende Exemplar von dem Andern unterschrieben sey. Hat doch sogar vor noch nicht langer Zeit ein alter Advokat bei dem Landgericht E. seinem Clienten den Prozeß verspielt, bloß darum, weil er den (dießmal nur einmal ausgefertigten) schriftlichen Vertrag über ein zweiseitiges Geschäft, woraus

Es kann aber der Gegenstand eines Vertrags, oder das zu begründende Rechtsverhältniß selbst ein Vertrag seyn, indem die ihren Willen Erklärenden dahin übereinkommen, daß sie einen gewissen Vertrag schließen wollen. Der Vertrag über einen künftig zu schließenden Vertrag, heißt nun ein vorbereitender (pactum praeparatorium). — Wir wollen diese verschiedenartigen Momente der Vertrags-Eingehung nun etwas näher betrachten.

§. 59.

I) Von Traktaten und deren Wirkungen.

Es bestehen nur noch bloße Traktaten, wenn es unter zwei Personen über ein zwischen ihnen zu begründendes neues Rechtsverhältniß gegenseitig zwar zu Erklärungen gekommen, eine Vereinigung jedoch noch nicht erfolgt ist. Dergleichen bloße Traktaten haben ihrer Natur nach in Beziehung auf das neue Rechtsverhältniß keine Wirkung; es ist noch kein vereinigter Wille vorhanden, und daher sind auch bloße Traktaten unverbindlich.

§. 60.

II) Von Punktationen.

Ist zwar über das ganze Geschäft, worüber man traktirt hat, eine vollständige Willensvereinigung noch nicht erfolgt, wohl aber über die Hauptpunkte, über die ad essentialia negotii gehörigen Erfordernisse,

---

er auf Erfüllung klagte, nur mit der Unterschrift des Beklagten versehen vorlegte. Er durfte nur vorher von kurzer Hand seinen Clienten unterschreiben lassen, und der Prozeß war gewonnen!

mit Vorbehalt der nähern Bestimmung und Austragung der noch nicht ausgemachten Punkte, und ist über jene Hauptpunkte ein schriftlicher Aufsatz verfaßt worden; so nennt man diesen Aufsatz eine Punktation. Es versteht sich von selbst, daß, sofern zum Wesen eines Vertrags die Scriptur nicht nothwendig ist, eine dergleichen vorläufige Uebereinkunft ebenfalls der Schrift nicht bedarf, um gleich einer Punktation rechtliche Verbindlichkeit zu haben. Am gewöhnlichsten kommen die Punktationen als aussergerichtlich verfaßte schriftliche Aufsätze über solche Verträge vor, welche der gerichtlichen Vollziehung bedürfen, und der gemeine Mann belegt sie gewöhnlich mit dem Namen Aufsätze schlechthin oder Accorde. Wiefern von diesen Punktationen bei der gerichtlichen Vertrags-Aufnahme abgegangen werden kann, kommt zunächst auf den übereinstimmenden Willen der Interessenten, aber auch auf die Beschaffenheit der Verabredung selbst und die übrigen Verhältnisse an, sofern dadurch die richterliche Einwirkung motivirt wird. (§. 9. ff.) Denn bei den vermischtfreiwilligen Rechtsgeschäften ist es eben die causae cognitio, welche Resultate liefert, bei denen, was die Parteien aussergerichtlich abgemacht haben, oft nothwendig sehr abweichende Modifikationen leiden muß, und der Richter würde mit seinen Pflichten deßfalls in Widerspruch kommen, wenn er blindlings bei der Punktation über einen Einkindschaftsvertrag, über Ehepakten, wobei pflegbedürftige Kinder voriger Ehe interessirt sind u. dgl. stehen bleiben wollte.

Einer Punktation kann es mehr oder weniger an Vollständigkeit fehlen; bald kann selbige nur mit bloßen Traktaten einerlei Wirkung haben, bald kann sie einem wirklich abgeschlossenen Vertrage gleich gel-

ten *a*). Alles kommt dabei auf die rücksichtlich der Hauptpunkte des Geschäfts minder oder mehr vollständig erklärte Einwilligung an. Man unterscheide nämlich

1) die Punktation drückt den übereinstimmenden Willen der Betheiligten nur rücksichtlich einiger, wenn schon wesentlicher Bestimmungen des Geschäfts aus. Eine dergleichen Punktation hat vor bloßen Traktaten nichts zum voraus. Z. B. A. der Besitzer eines Gartens ist mit B. über den Verkauf desselben soweit einig: „daß ersterer dem letztern das „Grundstück mit allem Zugehör, wie er dasselbe ge„genwärtig besitzt, für die Summe von 2000 fl. baar „bei der Uebergabe zahlbar zu überlassen verspricht; „es ist der B. auch damit einverstanden, jedoch „den Kaufschilling nur zur Hälfte bei der Uebergabe „baar, die andere Hälfte aber in 3 unverzinsli„chen Jahresfristen zu bezahlen bereit; beide Theile

---

a) Das preuß. allg. Landrecht bestimmt (Th. I. Tit. 5. §. 120. sqq.) folgendes: Eine von beiden Theilen unterschriebene Punktation, aus welcher die gegenseitige Einwilligung derselben in alle wesentliche Bedingungen des Geschäfts erhellet, ist mit einem förmlichen Contrakte von gleicher Gültigkeit. — Es kann also auf Erfüllung derselben geklagt werden. — Ist zur gerichtlichen Verlautbarung, Bestätigung oder Eintragung eine förmliche Ausfertigung des Vertrags nothwendig, so kann diese nach dem Inhalte der Punktation von dem Richter verfügt werden. — Weigert ein Theil seine Unterschrift beharrlich, so kann der Richter dieselbe ergänzen. — Fehlen aber der Punktation wesentliche Bestimmungen, oder haben die Parteien die Verabredung gewisser Nebenbedingungen sich darin ausdrücklich vorbehalten, so sind dergleichen Punktationen nur als Traktaten anzusehen.

„behalten sich übrigens bevor, wegen der Differenz am „Kaufpreise sich noch mit einander zu vereinigen." — Hier hat die darüber aufgesetzte Punktation nur die Wirkung einer bloßen Unterhandlung; denn es fehlt das wesentliche Erforderniß des genau bestimmten Kaufpreises, und jedem der beiden Theile steht frei, davon nach Belieben zurückzutreten, wenn sie sich nicht zur Acceptation gegenseitig eine bestimmte Frist bewilligt haben.

2) Es kann in der Punktation rücksichtlich der Hauptpunkte des Vertrags eine bestimmte Festsetzung erfolgt, dagegen verschiedene Nebenpunkte, naturalia negotii, unausgemacht geblieben seyn; z. B. in dem bemerkten Falle wären A. und B. auch über den Kaufpreis des Gartens auf 2000 fl. und daß derselbe bei der Uebergabe baar oder wie sonst immer nach gegenseitig bestimmter Uebereinkunft bezahlt werden solle, einig; nur wäre nicht festgesetzt, wie es wegen der Gewährleistung für die etwa schon zum Vorschein gekommenen Ansprüche eines Dritten, oder rücksichtlich der Modalitäten der Berichtigung der auf dem Grundstücke haftenden Hypothekschulden u. s. w. gehalten werden solle, oder der Verkäufer hätte sich das Wiederkaufsrecht ohne eine Zeitbestimmung rücksichtlich des Anfangs oder der Dauer desselben vorbehalten. Hier ist zu unterscheiden: A) die Vertragschließenden haben dieser Punkte wegen in der Punktation ein gänzliches Stillschweigen beobachtet, B) sie haben selbige zur besondern nachträglichen Uebereinkunft ausgesetzt, und zwar entweder schlechthin, oder auch mit dem Vorbehalte, daß die Punktation nur dann gelten solle, wenn über die Nebenpunkte eine gütliche und förmliche Uebereinkunft erfolge.

Auf A.) Hier gilt die Punktation, wofern nicht die Ausnahme ad 3. eintritt, in Ansehung der verab-

redeten Punkte gleich einem förmlichen Vertrage. Die unausgemachten Nebenbestimmungen müssen nach den Vorschriften der Gesetze entschieden werden, wenn keine Uebereinkunft der Parteien über die Hebung der Anstände, es sey durch eigene vernünftige Willkühr, oder durch Aussetzung zum billigen Ermessen eines Dritten (arbitrium boni viri), oder des die Handlung leitenden Richters selbst, zu erzielen seyn sollte. Derjenige Contrahent, welcher die Erfüllung der Punktation verweigert, oder auf vorstehende Weise sich in Güte mit dem Andern zu vereinigen sich nicht bequemt, kann also von diesem mit der geeigneten Klage aus dem Contrakte belangt werden. Es versteht sich von selbst, daß hierbei nur die Naturalia des Geschäfts (§. sq.) ein Gegenstand der rechtlichen Verfolgung werden können. Wie hier von dem das Geschäft im gütlichen Wege leitenden Richter zu verfahren und die Einleitung in den Rechtsweg zu machen, enthält das beigefügte Formular *a*).

Auf B. Hier wo wegen dieser Nebenpunkte die Verabredung vorbehalten worden, hat die Punktation nur die Wirkung bloßer Traktaten, wenn entweder gar keine Uebereinkunft erfolgt, oder in der gesetzlich etwa oder durch Willkühr bestimmten Form nicht, z. B. nur eine mündliche Verabredung, wo eine schriftliche Statt finden sollte, zu der sich jedoch einer der Paciscenten nicht bequemen will.

3) Ist in der Punktation verabredet, daß das in derselben Niedergeschriebene nur vorläufig zur Nachricht dienen, im übrigen die Gültigkeit des Vertrags von der Vollziehung des förmlichen Instru-

---

a) Beil. Lit. G.

ments abhängig seyn solle, so hat es natürlich dabei das Bewenden, und die Punktation hat wieder nur die Eigenschaft bloßer Traktaten.

§. 61.

III) Von präparatorischen Verträgen.

Ein präparatorischer Vertrag ist die Uebereinkunft über einen künftig zu schließenden bestimmten Vertrag. Der praktische Nutzen dieser im Allgemeinen *a*) nicht sehr praktischen vorbereitenden Verträge besteht darin, daß wir uns dadurch Sicherheit verschaffen, daß nicht der Mitpacisent den Hauptvertrag mit Umgehung unserer sofort mit einem Andern eingehen kann. Ein präparatorischer Vertrag, z. B. das pactum de mutuo dando, galt nach dem römischen Rechte bloß für eine unverbindliche Handlung, weil ihm das den Contrakt charakterisirende Zeichen (causa civilis), z. B. die feierliche Formel (Stipulation), die sollenne Scriptur ꝛc. mangelte. In Deutschland liegt der Grund, wenn ein vorbereitender Vertrag etwa nicht verbindlich ist, nicht darin. Ein dergleichen Vertrag ist, sobald die Vertrag-

---

a) Ich sage im Allgemeinen; denn es giebt allerdings Fälle, wo dergleichen Verträge theils hauptsächlich, theils in der Form von pactis adjectis nützlich vorkommen können, z. B. das pactum de pignore constituendo, (ꝛc. „auch verspricht „der Schuldner dem Darleiher ein annehmliches Pfand zu „bestellen“). Das Vorkaufsrecht der Erben rücksichtlich gewisser Erbschaftsstücke kann vor der Vertheilung der Erbschaft Gegenstand eines präparatorischen Vertrags werden. Auch das pactum de retrovendendo selbst ohne Bestimmung des Wiederkaufspreises wird hieher gerechnet. Petermann l. c. pag. 41. 15. 43.

schließenden übereingekommen sind, daß sie einen gewissen bestimmten Vertrag schließen wollen, definitiv und vollständig für sich. Er kann aber in Ansehung seines Gegenstandes, des zu schließenden Contrakts, entweder a) die Wirkung von bloßen Traktaten, oder b) einer Punktation haben, oder c) ebenfalls definitiv vollständig seyn. Ein Beispiel wird diese Theorie anschaulich machen. V und P kommen überein, daß ersterer dem letztern seinen Garten nach beendigter Pachtung des O in Pacht überlassen wolle. Hier fehlt nichts an der Vollständigkeit des präpar. Vertrags als eines solchen. Er hat aber

ad a) mehr oder weniger nur die Wirkung bloßer Traktaten in Beziehung auf das Pachtgeschäft selbst. Haben jedoch die Paciscenten

ad b) festgesetzt, daß der P den Pacht um den nämlichen Pachtschilling wie O bekommen solle, und nur wegen der Dauer u. s. w. sich die nähern Verabredungen vorbehalten, so hat der präpar. Vertrag in Ansehung des Hauptvertrags die Eigenschaft einer Punktation.

ad c) Sind V und P übereingekommen, daß der letztere den Garten unter den nämlichen Bedingungen, wie ihn O bisher gehabt, pachtweise überkommen solle, so hat der präparatorische Vertrag auch in Ansehung seines Gegenstandes oder des Hauptvertrags mit einem definitiven gleiche Kraft, und es braucht gar kein Pachtvertrag mehr abgeschlossen zu werden, indem eigentlich schon der Hauptvertrag, als ein pactum sub die a quo vorliegt, und sich von dem sonstigen Pachtvertrage nur per verba de futuro unterscheidet.

AA) Erfordernisse einer verbindlichen Einwilligung.

§. 62.

I) Gesetzmäßigkeit (justitia).

Die Einwilligung muß folgende nothwendige Eigenschaften haben: sie muß

I) gesetzmäßig (justa) seyn; also auch abgesehen von dem, was in Ansehung der handelnden Personen (§. 34—49.) und des Gegenstandes des Rechtsgeschäfts (§. 52, 53.) deßfalls gefordert wird, auch rücksichtlich der Modalitäten rechtlich möglich seyn, der Gegenstand der Einwilligung also überhaupt in der Gewalt der Erklärenden stehen, die Willenshandlung mithin weder den Gesetzen noch den Rechten eines Dritten entgegen laufen. Die Einwilligung muß ferner

II) wahr (vera) seyn, also frei und ernstlich im Gegensatze von Zwang, Täuschung, Schein; — materiell richtig; sie muß endlich

III) gewiß (certa), mit Zuverlässigkeit und Bestimmtheit ausgedrückt — formell richtig — seyn.

Wir beschäftigen uns hier vor allen mit der Gesetzmäßigkeit als erstem Erforderniß einer verbindlichen Einwilligung. In sofern nämlich als durch die Einwilligung bestimmte Modalitäten des Geschäfts bewirkt werden sollen (pacta, quatenus dant legem contractui), findet dieselbe ihre Beschränkung, je nachdem von wesentlichen oder minder wesentlichen Eigenschaften die Rede ist.

Man betrachtet nämlich bei jedem Rechtsgeschäfte

a) dessen wesentliche Bestandtheile (Substanz, essentialia negotii) oder den Inbegriff der

Merkmale und Eigenheiten, wodurch sich dasselbe von andern unterscheidet;

b) dessen ausserwesentliche Bestandtheile, welche auf positiven Festsetzungen beruhen, und zwar

α) der Gesetze, welche dem Geschäft bestimmte Wirkungen beilegen, natürliche, gewöhnliche Bestandtheile (naturalia negotii),

β) der Parteien, zufällige Eigenschaften (accidentalia), nämlich solche Nebenbestimmungen, welche von den Handelnden willkührlich hinzugefügt worden sind, und die daher auch nicht vermuthet werden, während dieß bei den gewöhnlichen der Fall ist.

Soll der einstimmende Wille der Handelnden sich gesetzmäßig äussern, so ist vor allen erforderlich, daß an den wesentlichen Eigenschaften des Geschäfts keine Veränderungen vorgenommen werden. Geschieht dieß dennoch, so ist das Geschäft wenigstens als das, was es seyn soll, nichtig; der Kaufvertrag, wobei kein Kaufpreis stipulirt worden, als solcher nicht verbindlich. Hat das solchergestalt in seinem Wesen veränderte Geschäft die Erfordernisse eines andern, so wird es in dieser Form aufrecht erhalten (durch Conversion a), sofern als der Disponent diese Erhaltung vorschrieb, welches auch schon durch die Erklärung: das Geschäft solle auf jede Weise gelten, (z. B. das Testament als Codicill durch die Codicillar-Clausel) geschehen kann. — Ausserdem gilt die Regel: das vom Anfang nichtige Geschäft behält diese

---

a) C. F. Harpprecht de eo, quod justum est circa conversionem actuum negotiorumque jurid. jamjam peractor. Tüb. 1747.

Eigenschaft auch in der Folge, soweit von einem innern Hindernisse die Rede ist. Ein Vertrag über eine auſſer Verkehr stehende Sache gelangt daher an sich nicht zur Gültigkeit, wenn auch die Sache in der Folge in das Verkehr kommt. Ist aber nur von einem äussern Mangel die Rede, derselbe mag in einem gesetzlichen Verbote oder in einem Defekt der Einwilligung liegen, so wird mit dem Aufhören dieses Mangels das Geschäft gültig, und zwar bald erst von der Zeit an, da das Hinderniß gehoben wird, bald, bei der Ratihabition, mit Rückwirkung auf den Anfang des Geschäfts *a*).

§. 63.

Belehrung der Parteien hierüber.

Daß sich der Richter die gesetzlichen Bestimmungen rücksichtlich des vor ihm verhandelten Rechtsgeschäfts gegenwärtig erhalten müsse, leuchtet von selbst ein. Dieß ist aber allein noch nicht genug. Er muß auch die Parteien auf diese gesetzlichen Vorschriften aufmerksam machen, zumal wenn sie nicht selbst Rechtsverständige sind. Denn mit dem Vertrauen, daß er wisse, wiefern ihre Willkühr gesetzlich sey, haben sie sich ihm genähert, und die Gesetze ihm die Theilnahme aufgetragen. Zwar liegt ihm keine Haftung für die Rechtsbeständigkeit der vor ihm verhandelten und (in quantum de jure) bebestätigten Geschäfte ob. Es wird von ihm zunächst nur die Beobachtung der Form gefordert, und kann auch billiger Weise nur gefordert werden, weil die auf die innere Rechtsbeständigkeit des Geschäfts ein-

wir-

a) **Hofacker princ. jur. civ. I. §. 222.**

wirkenden Verhältnisse viel zu mannigfaltig und vielseitig sind, als daß von dem Richter bei seiner beschränkten Einsicht in den ganzen Inbegriff der thatsächlichen Umstände und Beziehungen eine Gewährsleistung gefordert werden könnte. Indessen soll er doch nach Möglichkeit verhüten, daß nicht Geschäfte, welche entweder offenbar oder nach leicht zu erkennenden Merkmalen ungültig und gesetzwidrig sind, unter seiner Einwirkung zu Stande kommen, und so das Vertrauen des Publikums auf die Sicherheit und Rechtsbeständigkeit gerichtlicher Akte getäuscht werde. Denn das ist es eben, was durch die richterliche Einwirkung wesentlich bezielt wird, daß Irrungen und Prozessen vorgebeugt werde. Sie würden aber erst einen fruchtbaren Boden finden, wenn die Betheiligten im Vertrauen auf die Leitung des Richters sich der eigenen Vorsicht, sey es auch nur zum Theil, überhoben wähnten.

Es ist daher nicht genug, daß bloß offenbar verbotene Geschäfte nicht zugelassen werden: z. B. der commissorische Vertrag beim Pfandcontrakte; die Bedingung bei dem Pachtvertrage, daß der Verpächter den Pächter nach beendigter Pachtzeit bei verzögerter Räumung mit Gewalt zu exmittiren befugt seyn solle *a*); ferner Begünstigungen eines zweiten Ehegatten, wodurch er mehr als einen Kindestheil bei der Erbtheilung mit den Kindern voriger Ehe erhalten würde *b*) u. dgl. Auch praktisch wenigstens unförmliche Verträge und Verabredungen, z. B. die Abschließung eines Pfandcontrakts mit der Bestimmung, daß der

---

a) Leyser Spec. 219. m. 2.

b) L. 6. C. de sec. nupt. (V, 9.)

Schuldner im Besitze der zum Pfand bestimmten Sache bleiben solle, müssen zum wenigsten nicht anders die gerichtliche Sanktion erhalten, als indem zugleich die rechtsunkundigen Interessenten auf die rechtlichen Folgen einer dergleichen Festsetzung aufmerksam gemacht werden, also in dem zuletzt gegebenen Falle: daß ein Pfandvertrag seinem Wesen nach und aus den sich von selbst darbietenden Gründen die Uebergabe fordere; daß zwar rechtlich eine Verpfändung auch ohne Uebergabe zum Besitze Statt finde, daß aber der Berechtigte alsdann nur eine Hypothek habe, welche, auf bloße bewegliche Habe bestellt, dem Gläubiger keine Sicherheit gewähre u. s. w. *a*). Will dieser dann dessen ungeachtet es nicht anders haben, so mag ihm sein Wille geschehen und der Richter ist vor jedem Vorwurfe sicher, wenn er die gegebene Belehrung dem Protokoll einverleibt. Dadurch wird denn auch zugleich verhindert, daß etwa ein Dritter getäuscht werde. Ueberhaupt gehört es zu den wesentlichen Obliegenheiten des richterlichen Amts, Irrthum und Betrug mit allen ihm zu Gebote stehenden Mitteln entgegenzuwirken, und so zugleich einem, beinahe in allen Ständen, insbesondere aber in den niedern sehr fühlbaren Mangel in der Volkserziehung einigermaßen abzuhelfen, ich meine dem vernachlässigten Unterricht in den Gesetzen, woraus so viel Unheil in der bürgerlichen Gesellschaft entspringt. Es ist gewiß nicht die

---

a) Es ist hier nicht davon die Rede, was ein Contrahent etwa im Vertrauen auf juristische Subtilitäten, und abgesehen von der Frage, was eigentlich der Zweck der Sicherheit fordert, thun mag; das Praktischere ist wohl, daß er das thut, was nach dem gewöhnlichen Laufe der Ereignisse ihm frommt.

kleinste der menschlichen Unvollkommenheiten, daß, vielleicht nach einem mäßigen Anschlage, von tausend Menschen immer nur Einer soviel von den Gesetzen versteht, als nöthig ist, um die Geschäfte des bürgerlichen Lebens selbst rechtsbeständig und zweckmäßig vorzunehmen und die ihm drohenden mancherlei Gefahren sicher zu vermeiden, und daß selbst dieser oft sein empirisches und fragmentarisches Wissen theurer hat bezahlen müssen, als manchem Rechtsgelehrten des ersten Rangs seine ganze Jurisprudenz zu stehen gekommen ist. Vielfältig wird in unsern Tagen daran gearbeitet, das Volk in dem öffentlichen Recht aufzuklären. Wir thun wohl daran; aber wir sollten nicht vergessen, daß wir mit jener Aufklärung allein, ohne Kenntniß der Wahrheiten, worauf Mein und Dein im Privatleben beruht, dem Sternseher gleichen, der bei dem immer nach oben gewandten Blicke die Grube nicht wahrnahm, die sich vor seinen Füßen öffnete. —

Niemand bekümmert sich weiter darum, ob es der Bauer weiß, was dazu gehöre, wenn er einen Kaufvertrag, eine Pachtung u. d. gl. eingeht; was er sich hier zu bedingen habe, wie weit er dem Andern verpflichtet werde. So erfolgt denn gerade der wesentlichste Theil der Verabredungen aussergerichtlich, und kommt es zur gerichtlichen Verlautbarung, so macht oft die schon vorliegende Punktation ein nicht mehr zu übersteigendes Hinderniß. — Das kann nicht anders kommen; der Rechtsunwissende wird bei uns nur durch Schaden klug. Denn wo findet jetzt der unwissende gemeine Mann noch das Haus eines Rechtsgelehrten offen, um sich bei ihm frei und unentgeldlich über seine Angelegenheiten Raths zu erholen; wo lassen sich Leute vom Stande zu einem solchen Geschäfte herab, wie einst bei den Römern? Und

doch war, wie von einem tiefen Menschenkenner *a*) mit Recht bemerkt wird, „beinahe keine der Gewohnheiten des alten Roms so sehr geschickt, den Geist „der Gleichheit unter den Bürgern auszudrücken und „zu erhalten, Höhere und Niedere durch Dienstleistungen und Dankbarkeit zu verbinden, als diese, „daß die angesehensten Männer, welche eben zu diesem Ende die Rechtsgelehrsamkeit studirten, zu bestimmten Zeiten eine Art von Audienz gaben, wo „jeder, auch der geringste, sie über seine Angelegenheiten befragen konnte, um von ihnen belehrt zu „werden, was für Vorsicht er bei einem jetzt eben zu „schließenden Contrakte nöthig habe, welche Form er „seinem Testamente geben müsse, oder welche Wahrscheinlichkeit zu Gewinnung eines Rechtshandels „vorhanden sey, in den er sich einlassen wolle. „Freilich (und dieß darf sich denn insonderheit der Richter bei der Ausübung seines Amts in dem nichtstreitigen Verfahren im voraus nicht bergen) „es „gehört viel Ueberwindung von Seiten der Höhern „und der Aufgeklärten dazu, den Vortrag der Geringern und Einfältigen, über ihre, größtentheils „kleine, oft von ihnen selbst nicht verstandene Angelegenheiten anzuhören; es gefällt aber auch den letztern nichts so sehr an den erstern, als wenn sie von „ihnen angehöret werden. Jene mußten lernen, an „Geschäften, die sie nichts angingen, und die ihnen „nichts einbrachten, Theil zu nehmen, und diese verloren das Mißtrauen, die Schüchternheit und dadurch zugleich einen großen Theil des Neides, den „sonst die Vorzüge der Glücklichern bei dem gemeinen Manne erregen.

---

a) Garve in den philos. Anmerk. zur Uebersetz. von Cicero's menschl. Pflichten (Breslau 1787.) zum II. Buch S. 238.

§. 64.

Fortsetzung; Modalitäten der Handhabung der Gesetzmäßigkeit.

Was insonderheit die zu verhütende Täuschung, sey es nun eines der Geschäftstheilnehmer oder eines Dritten, anlangt, so müssen die Parteien, so oft sich Spuren von Unlauterkeit in dem Betragen des Einen oder des Andern wahrnehmen lassen, wodurch entweder einer der Contrahenten oder ein Dritter widerrechtlich beschädigt oder beeinträchtigt werden soll, nicht nur auf die gesetzlichen Ahndungen ernstlich aufmerksam gemacht, sondern es muß auch nach Befinden gegen sie als Betrüger eingeschritten werden.

Sind die Gegenstände der Willenserklärung von dem Verkehre nur beziehungsweise ausgenommen, oder können die von den Parteien beliebten Modifikationen so schlechthin nicht bestehen, sind mit einem Worte Hindernisse des Geschäfts noch aus dem Wege zu räumen: so müssen die Parteien bedeutet werden, was ihnen deßfalls vor allem zu thun obliege. Sollten sie sich dieser Anweisung, sey es auch nicht aus böser Absicht, sondern in der Meinung, daß sie mit unnöthigen Förmlichkeiten geplagt würden, nicht fügen wollen; so kommt es vor allen Dingen darauf an,

ob der Mangel von der Art ist, daß dadurch das ganze Geschäft nichtig wird, wenn ihm nicht abgeholfen wird, oder ob es sich nur um mehrere Vollständigkeit und Zuverlässigkeit des Geschäfts und um mehrere Sicherheit des Berechtigten handelt.

Im ersten Falle muß das Gericht die Parteien mit ihrem widerrechtlichen Begehren schlechterdings abweisen, da sich mit offenbar nichtigen Handlungen zu befassen wider den Zweck und die Würde des rich-

terlichen Amts seyn würde. Ist aber letzteres der Fall, und also nur von Graden der Vollständigkeit die Rede, so kann, da jeder seines Vortheils sich begeben kann, sobald er nur von den Folgen unterrichtet ist, das Geschäft seinen Fortgang nehmen, und es ist lediglich Sache der Interessenten, dem Mangel über kurz oder lang abzuhelfen. Räthlich ist es indessen, daß das Gericht dasjenige, was es defektirt und den Parteien zur Abhülfe empfohlen hat, in dem über das Geschäft aufzunehmenden Protokolle bemerke, und zwar theils um der Parteien selbst willen, damit sie bestimmt wissen und auch aus dem hiernächst mit Zugrundlegung jenes Protokolls für sie auszufertigenden Instrumente mit Muße betrachten können, was sie noch zu thun haben, um allen Erfordernissen der Gültigkeit zu genügen; theils um nicht Anlaß zu geben, daß ein Dritter, zu dessen Besten über das durch die Verhandlung begründete Recht verfügt werden kann, getäuscht werde; theils endlich zur Sicherheit des Gerichts selbst, damit ihm nicht hinterher Anfechtungen gemacht werden können.

Wenn also z. B. der Vormund zur Verpfändung eines Pupillenguts sich nicht durch ein Genehmigungs-Dekret des vormundschaftlichen Gerichts ausweisen kann; so kann auch mit Einwilligung des Gläubigers die gerichtliche Confirmation des Verpfändungsvertrags nicht erfolgen. Wohl aber könnte diese Bestätigung erfolgen, wenn dem Vasallen zur Verpfändung eines Lehens nur der Consens eines von mehreren Agnaten fehlte, und der Gläubiger dessen ungeachtet auf seine Gefahr die Bestätigung verlangte. Oft wird der Richter, wie schon oben (§. 26. no. 11.) bemerkt worden, manchem Mangel und Anstande dadurch abhelfen, daß er den Parteien

die Verantwortlichkeit unter den geeigneten Modifikationen zuschreibt *a*).

§. 65.

Warnung vor zu weit getriebener Sorgsamkeit.

Daß es Gerichte giebt, die in ihrer Sorgsamkeit zu ihrer eigenen und der Parteien Plage hier oft zu weit gehen, lehrt die Erfahrung. Der Fehler ist zwar nicht so häufig im Leben, als der entgegengesetzte einer gleichgültigen und sorglosen Behandlung, er muß aber doch auch gerügt werden, zumal da diese Rüge gerade diejenigen trifft, die Eifer für die Sache und Empfänglichkeit für das Bessere haben. Man hat die nicht unebene Bemerkung gemacht, die Aengstlichkeit sey eine Chicane, die man der Zukunft mache, wodurch aber der Prozeß mit der Gegenwart weder verkürzt, noch weniger aber zu seiner Gewinnung beigetragen werde. — Es giebt Richter, die, im Irrungen und Streitigkeiten vorzubeugen, aus übertriebener Aengstlichkeit, die Parteien mit Formalitäten fast zu Tode quälen. Bei manchen ist Mangel an gründlicher theoretischer Kenntniß von dem, was zu dem Wesen und den gesetzlichen Eigenschaften eines Geschäfts gehört, daran Schuld; bei manchen aber wohl nur eine angewohnte Bedenklichkeit und Zweifelsucht. Soll aber die Institution der gerichtlichen Mitwirkung zu den Geschäften der Staatsbürger nicht eine Zwangsanstalt seyn, wo man Arbeit schafft, nur um zu beschäftigen, oder über die Formen die Materie, über die Mittel den Zweck vergißt; ist ferner die Fertigkeit der baldigen Erledigung

---

a) Vergl. hier das Formular Beil. Lit. H.

eines Geschäfts mit Entfernung unnöthiger Verzögerung, (diese mag in einem Mangel, oder in einem Uebermaße von Applikation ihren Grund haben) nicht die letzte unter den wünschenswerthen Eigenschaften der Geschäftsbesorger: so muß man als Maxime gelten lassen, daß nicht jede Formalität, die dem Geschäft etwa einen höhern Grad von Gewißheit und Zuverlässigkeit giebt, darum auch zweckmäßig ist. Man kann oft auch schon mit einem geringern Maße recht gut auskommen, und hier lehren dann die Grundsätze einer vernünftigen Sparsamkeit und Oekonomie in der Geschäftsverwaltung, Zeit und Kosten nicht ohne Noth zu verschwenden.

Hat also z. B. bei der gerichtlichen Vollziehung des Kaufvertrags über ein Wohnhaus der Richter in seinem Hypothekenbuch eine Caution des Verkäufers als vormaligen fiskalischen Kassenbeamten eingetragen gefunden, deren Erledigung dieser behauptet; so soll er freilich eigentlich zum Behufe der Löschung das Cautions-Instrument in Urschrift mit der Quittung vorlegen. Allein gesetzt er brächte eine Erklärung der fiskalischen Station bei, daß das Instrument verloren gegangen, und legitimirte sich übrigens gegen jeden Anspruch durch ein Absolutorium derselben; so wäre es wohl eine zu weit getriebene Fürsorge, wenn der Richter zum Zwecke der Löschung auf der Extrahirung eines kostspieligen öffentlichen Aufgebots ad effectum amortisationis bestehen wollte, da ja, abgesehen auch von der Legalität und eventuellen Vertretungsfähigkeit jener öffentlichen Behörde, das verlorne Instrument selbst nicht von der Art ist, daß darüber eigentlich zu Gunsten eines Dritten verfügt werden konnte.

Anders wäre in jeder Beziehung der Fal, wenn der Verkäufer eine Peculiar-Forderung seins Sohns

hätte eintragen lassen, dieser zwar über den Empfang quittirte, jedoch die ausgefertigte Urkunde selbst nicht produciren könnte. Hier würde das Vorgeben des Verlierens zur Löschung in einem förmlichen Hypothekenbuch ohnehin nicht, es würde aber auch da nicht hinreichen, die Post als getilgt anzunehmen, wo erst ein solches z. B. angelegt werden soll, selbst wenn der Käufer des verhypothecirten Gutes damit einverstanden wäre und die Verantwortung auf sich nehmen wollte, auch selbst die Umstände für die Wahrheit des angegebenen Verlierens sprächen. Was die Parteien hier verabreden, und sich gefallen lassen, kann immerhin Rechte und Verbindlichkeiten unter ihnen begründen, aber es kann und darf auch nichts weiter. Dem Käufer kann also zwar nicht gewehrt werden, die geschehene Tilgung der Schuld anzunehmen; aber nur auf seine Gefahr, und damit kein Dritter gefährdet werde, muß das Verhältniß in dem Kaufsinstrumente bemerkt seyn. Auch darf eben deßhalb in dem hiernächst zu berichtigenden Folium des Hypothekenbuches die Post nicht übergangen, es muß vielmehr derselben, wenn schon mit der Bemerkung der vorgeblichen Tilgung, ausdrücklich Erwähnung geschehen.

Eben so wird sich der Richter vor künftiger Verantwortung sicher stellen, wenn von irgend einer, zwar nicht wesentlichen, aber doch zur Sicherheit der Interessenten gereichenden Formalität auf jener ausdrückliches Verlangen Umgang genommen wird. Er wird nämlich sein den Parteien gemachtes Ansinnen und dessen Gründe, dann die Erklärung jener darauf zum Protokoll niederschreiben, also daß jeder, der auf den Grund eines solchen Geschäfts künftig mit den Contrahenten sich einläßt, einsehen kann, was früher an der Sache für Ausstellungen gemacht wor-

den, mithin sich selbst vorzusehen im Stande ist. — So kann und muß vernünftige Liberalität mit der zweckgemäßen Vorsicht vereinigt werden. Wer sich nicht auf diese Kunst versteht, kann sich und Andern das Geschäftsleben verbittern, ohne für den eigentlichen Zweck seines Wirkens nützlich zu werden. Vor lauter Genauigkeit im Einzelnen verliert er Zweck und Anordnung des Ganzen aus den Augen; er wird nie fertig, und gleicht einem Landmanne, der über dem mühsamen Ausgäten seines Ackers und Reinigen des Saamens nicht zum Säen käme. Infelix operis summa, quia ponere totum nescit!

§. 66.

II) Wahrheit (veritas).

Die Willenserklärung, die wir Einwilligung nennen, muß auch wahr und aufrichtig erklärt, d. h. sie muß frei und ernstlich seyn *a*).

1) Die Einwilligung ist nicht frei, wenn sie durch Zwang bewirkt worden; aber sie ist nur in sofern nichtig, als der Zwang widerrechtlich ist. Sie ist ferner nicht frei, wenn der Erklärung ein Irrthum zum Grunde liegt. Doch wirkt nur der Irrthum in dem Hauptgegenstande der Willenserklärung, oder in der Person dessen, der durch die Willensäusserung ein Recht erlangen soll, eine Ungültigkeit des Geschäfts, so wie der Betrug in Ansehung aller dadurch bewirkten Willensäusserungen. Dem Richter wird es übrigens oft leichter werden, einen Irrthum zu heben, als dem Betrug mit Erfolg entgegenzuwir-

---

a) J. H. Boehmer de suspectis conventionum formulis; in exerc. ad pand. T. II. Ex. 27. p. 223.

ken. Der Betrogene ist nicht selten so befangen, daß er betrogen seyn zu wollen scheint. Wenn hier nicht sowohl der Begriff vom Betrug als eines im rechtswidrigen Vorsatz erregten Irrthums Statt findet, als vielmehr eine Art von psychischem Zwang bei dem zwischen zwei Uebeln wählenden Betrogenen eintritt; so ist wenigstens in der Wirkung die Sache nicht gebessert für den, der darunter leidet, der es wohl einsieht, daß er zu kurz kommt, aber sich nicht zu helfen weiß. Dieß ist der Fall bei den meisten wucherlichen Verträgen, und so lange der Obrigkeit nicht die Mittel in die Hände gegeben sind, selbst der Verlegenheit des Schuldners abzuhelfen, wird sie nicht hindern können, daß der sich in Nöthen befindliche Darlehensempfänger lieber einen wucherlichen Vertrag eingeht, als ganz hülflos bleibt. Die Hülfe des Juden, so theuer sie ist, ist doch eine Hülfe. — Ich erinnere mich eines Falles, wo die Valuta eines vor Gericht contrahirten Darlehens eines Juden an einen Christen wirklich baar auf dem Gerichtstische dem Empfänger hingezahlt, und doch hinterher der Einwand des nicht vollständig bezahlten Geldes sehr glaubhaft gemacht wurde, weil der Christ dem Sohne Israels vorwarf, daß dieser sich vermöge vorhergegangener Verabredung beim Hinausgehen aus dem Gerichtshofe einen Theil des Geldes wieder habe zurückgeben lassen. Der Jude hat hier den armen Christen schändlich betrogen, und jedermann wird Zeter über das Unrecht schreien; aber vielleicht keiner würde sich gefunden haben, der sich zu rechter Zeit zu einem Vorlehen gegen den bedrängten Mitbruder verstanden hätte!

2) Die Einwilligung muß auch ernstlich seyn. Daß man Geschäfte vor Gericht zum Scherze vornimmt, mag wohl in der Praxis selten vorkommen,

und da wir es zunächst nur mit Gerichtshandlungen hier zu thun haben, so wollen wir dabei auch nicht verweilen. Wohl aber fordert der ernstliche Wille, in wiefern derselbe im Gegensatze von Schein (Simulation) genommen wird, eine nähere Betrachtung.

§. 67.

Von Scheingeschäften *a*).

Es lassen sich mancherlei moralisch und rechtlich untadelhafte Veranlassungen denken, aus welchen zwei Personen das mit einander geschlossene Geschäft vor den Augen Dritter, die dabei kein rechtliches Interesse haben, geheimhalten wollen *b*). Oft läßt sich dieß nun aber nicht anders bewirken als dadurch, daß man diese Dritten glauben macht, es sey ein anderes Geschäft zu Stande gekommen, als dasjenige, was unter den Betheiligten wirklich Verkehrsgegenstand gewesen. Hier ist es, wo unter den Betheiligten in Bezug auf den Dritten ein Scheingeschäft besteht, oder das Uebereinkommen, daß es mit dem vorgegebenen Rechtsgeschäfte nicht Ernst seyn, sondern selbiges nur zum Vorwande für ein anderes, geheim gehaltenes, dienen solle. Die rechtlich und selbst moralisch unverwerflichen Beweggründe eines dergleichen Scheingeschäfts können mancherlei seyn; sie können in der Erhaltung der Ruhe einer Familie,

---

a) Henr. Cocceji diss. de simulatione. Francof. 1693. Sam. a Cocceji in jure contr. civ. Lib. XVIII. Tit. 1. qu. 51. sqq.

b) Potest et sine dolo malo aliud agi, aliud simulari: sicuti faciunt, qui per ejusmodi dissimulationem deserviant, et *tuentur vel sua vel aliena.* L. 1. §. 2. D. de dolo malo.

in der Vermeidung des besorglichen Aufsehens bei gewissen Unternehmungen, in der Beförderung einer erlaubten Spekulation besonders im merkantilischen Verkehre liegen u. s. w. Wird damit kein Verbotsgesetz unwirksam gemacht, kein Dritter benachtheiligt; so ist auch kein Grund vorhanden, eine dergleichen Simulation für unerlaubt zu halten. Cajus, ein bejahrter Mann, der keine Notherben hat, sondern bloß entfernte Seitenverwandte als nächste Intestaterben, wünscht seinen alten Freund Titius mit 1000 fl. auf seinen Tod zu bedenken. Weil er Zudringlichkeiten von seinen Verwandten besorgt, unterläßt er, eine letztwillige Verordnung zu errichten; die Zuwendung der Schenkung bewirkt er durch eine simulirte Darlehnsverschreibung. Er macht glauben, daß ihm Titius die 1000 fl. gelehnt habe, die er demselben zum Geschenk bestimmt hat.

Bei einem dergleichen Geschäfte wird also vor allem vorausgesetzt, daß beide handelnde Personen wissen, daß ein Scheingeschäft unter ihnen bestehe, und daß nicht bloß eine allein zum Scheine handelt und die andere betrügt.

§. 68.

Arten von Scheingeschäften; 1) gleichgültige.

Aus dem eben Bemerkten und aus dem Begriff überhaupt folgt:

1) Wenn die Theilnehmer eines Geschäfts unter sich übereingekommen sind, daß dieses Geschäft überhaupt ungültig sey, ohne zu verabreden, daß und welches andere Statt finden solle, so hat es bei der Verabredung das Bewenden; es ist eben soviel, als wenn sie gar nichts verabredet hätten, eine gleichgültige, keine Veränderung im Rechtszustande wir-

kende Handlung, also gar kein Rechtsgeschäft nach dessen Begriff (S. 26). Ein solcher Fall, wo die Contrahenten ein bloßes Possenspiel ohne alle reelle Absichten treiben, wird übrigens im wirklichen Leben wohl zu den Seltenheiten gehören.

§. 69.

Fortsetzung. 2) verbotene.

2) Ist das Scheingeschäft, worunter ein anderes versteckt ist, mit beiderseitigem Einverständnisse zur Vereitelung eines Verbotsgesetzes (z. B. ein Kauf mit einem Familien-Sohne zur Bemäntelung eines nach dem Macedon. Rathschlusse verbotenen Gelddarlehens) oder sonst zur rechtswidrigen Täuschung eines Dritten geschlossen (z. B. ein simulirtes Darlehnsgeschäft eines Schuldners zur Verkürzung seiner Gläubiger); so gehört es unter die verbotenen Verträge, und es können für den Betrogenen daraus nur Rechte entstehen *a*). Es kommt dabei nichts darauf an, ob das ganze Geschäft simulirt ist, oder nur einzelne Verabredungen; ob das ganze Darlehnsgeschäft, wornach der Concursifex seinem Schwiegervater laut ausgestellter Urkunde 1000 Thaler schuldig geworden, ein Blendwerk ist, oder bei einem wirklichen Kaufe zwischen A und B über das Grundstück, worauf dem C ein Näherrecht zusteht, nur der vorgegebene Kaufpreis, den jene zum Schein höher stipulirt haben, um dem C die Ausübung seines Näherrechts zu verleiden. Betrügerische Simulationen dieser Art geschehen auch

---

a) L. 7. §. 9. D. de pactis.
L. 49. pr. de act. emti et vend.
Boehmer in cit. exercit. Cap. II.

durch Errichtung von Kauf- Tausch- Pacht- Mieth- und andern dergleichen Verträgen über ein unbewegliches Gut, wobei demselben zum Schein ein höherer Werth beigelegt und dadurch der Speculation des creditbedürftigen Besitzers Vorschub gethan wird *a*). Für die Interessenten selbst können aus dem vorgegebenen Geschäft (negotium simulatum), nach ihrer eigenen Willensmeinung keine Rechte und Verbindlichkeiten entstehen, und eben so wenig aus dem versteckten Handel (negotium dissimulatum) als gesetzwidrig. Beispiele solcher verbotenen Simulationen liefern in der Provinz, wo ich dieses schreibe (vielleicht wohl auch anderwärts), häufig die Verträge zwischen Christen und Juden, besonders über unbewegliche Güter. Den letztern ist der Ankauf von Landgütern zum Handel verboten, und damit einem großen Unfug *b*) besonders bei dem Dismembriren derselben begegnet. Der Jude Itzig weiß es aber so einzurichten, daß er des verschuldeten und liederlichen Bauers Dümmler Hofgut doch habhaft wird, den Profit einsteckt, das Gesetz verhöhnt und den Handlohnsberechtigten um sein Handlohn bringt, das er als eigentlicher Käufer von dem Bauern zu ent-

---

a) In Preußen fand man sich veranlaßt, gegen diesen Mißbrauch im Jahr 1802 eine eigene Verordnung zu erlassen. Amelang's neues Archiv der preuß. Gesetzgeb. II. Bd. 3. Heft S. 311. (Berl. 1802. 8.)
Wie sich der Creditgeber bei der Beurtheilung des Werths des Hypothekenobjekts vorzusehen habe, vergl. meine Anleitung zum vorsichtigen Creditiren ꝛc. (Erlangen 1815. 8. bei J. J. Palm u. E. Enke) §. 151. ff.

b) Hierüber kann man vergleichen: Ueber Güterzertrümmerungen u. Grundstückhandel. Erlangen 1816. 8. bei J. J. Palm u. E. Enke.

richten haben würde, und welches hier eine hübsche Summe ausmacht. Wie macht er's? — Er geht mit dem Bauer einen Kaufvertrag auf 4000 fl. ein, zerschlägt das Gut und verkauft es einzeln für 5500 fl. Er bezahlt die 4000 fl. an den Bauer und dessen Gläubiger, die 1500 fl. bleiben ihm. Zur Versteckung dieses gesetzlich verbotenen Geschäfts betreibt der Bauer die Dismembration scheinbar ganz für eigene Rechnung, erhält die Erlaubniß zu dem Unternehmen, und verkauft die vereinzelten Parzellen des aufgelösten Gutskörpers. Der Jude, obgleich die Seele des ganzen Handels, blieb bis jetzt ganz hinter den Coulissen, und leitete nur unbemerkt das Geschäft. Jetzt, nachdem die vereinzelten Stücke dem A für 500 fl., dem B für 400 fl. u. s. w. verkauft worden, alles scheinbar für Rechnung des Bauers, und die Ab- und Zuschreibung sowohl vor der Grundherrschaft als der Gerichtsbehörde erfolgt ist, tritt er wie ein Deus ex machina auf, und läßt sich die Kaufgelder des A, B, C u. s. w. bis seine 1500 fl. voll sind, dem Scheine nach cediren.

Was der Richter, der nicht ganz Neuling in diesem jüdischen Trafik ist, und übrigens — was freilich die Hauptsache ist — seine Pflicht kennt, hier zu thun hat, wird er selbst wissen. Wir an seiner Statt würden uns nicht damit entschuldigen zu können glauben, daß wir ein, doch so zusammengesetztes Verkehr, wo so manche Ressorts in Bewegung gesetzt werden müssen, um es vom Anfange bis zum Ende durchzuführen, in keiner einzigen seiner mannigfaltigen Verzweigungen für ein loses Gaukelspiel zu erkennen vermocht hätten. Wir würden die Verwandten und Freunde des Bauers vernehmen, den Juden zum Nachweis der gezahlten Valuta aufforden, den bethörten Bauer selbst auf seinen wahren und erlaubten

Vor-

Vortheil aufmerksam machen. Freilich wenn dieß von dem Advokaten des Juden als ein himmelschreiender Eingriff in wohlerworbene Rechte, als ein tumultuarisches Verfahren, als ein Exceß wider die heilsamen Grundsätze der Verhandlungsmaxime, die den Richter verpflichtet, sich leidend zu verhalten, und in bürgerlichen Sachen nicht von Amtswegen zu verfahren, mit einem Wort als Verleugnung des beliebten Richter-Indifferentismus zum Gegenstand einer Beschwerde oder Extrajudicial-Appellation gemacht wird: so kann ich mit meinem guten Willen schlecht wegkommen; doch wohl aber nur — wenn ich es ungeschickt anfange. — Bei diesem und ähnlichen betrügerischen Geschäften und Durchstechereien wird es von ersprießlicher Wirkung seyn, auch die Gemeinde- und Armenpflege-Ausschüsse mit ihrer Meinung zu hören. So scheinbar gleichgültig der gemeine Mann in Fällen dieser Art, und überhaupt bei den Angelegenheiten seines Nachbars sich benimmt, die ihn zunächst nicht berühren, so wenig er sich besonders zum Werkzeug der obrigkeitlichen Einschreitung gegen seines Gleichen gern gebrauchen läßt; so verschieden von dieser Maxime äussern sich seine Ansichten und seine Thätigkeit, wenn es darauf ankommt, von der Commune, also auch von jedem einzelnen Individuum, die Gefahr der Versorgung eines zu verarmen drohenden Gemeindeglieds abzuwenden. Jeder glaubt sich dann die nächste Treue schuldig zu seyn. Man darf also nur hievon den gehörigen Gebrauch zu machen wissen, und man wird sicher darauf rechnen dürfen, die bezielten Entdeckungen über geheime Verständnisse zu machen, wenn man — das muß freilich immer vorausgesetzt werden — überhaupt darauf ausgeht, dergleichen zu machen!

Ein Scheingeschäft anderer Art, aber eben so

praktisch, begiebt sich häufig bei Gutsabtretungen der Aeltern auf dem Lande, besonders der Ackerwirthe, an ihre militärpflichtigen Söhne. Die Aeltern geben vor, wegen Alters und Gebrechlichkeit ihrer Ackernahrung nicht mehr vorstehen zu können, und deßhalb genöthigt zu seyn, dieselbe ihrem Sohne verkäuflich abzutreten. Alles kommt dabei auf die Richtigkeit des vorgeschützten Unvermögens an; oft wird dieselbe auch durch Zeugen, durch das beistimmige Gutachten der betheiligten Familienväter, durch ärztliche Untersuchung bestätigt. Allein dieses Unvermögen ist häufig sehr relativ. Hätte der Vater nicht einen an der Militär-Aushebung stehenden Sohn, und dieser nicht mehr Lust hinter dem Pfluge als hinter der Trommel herzugehen, der Vater würde noch nicht an „das Aufgeben", wie man hier zu Lande sagt, und „sich auf die Kinderbank setzen" gedacht haben. Der Kauf, vielmehr die Gutsabtretung, ist also mehr oder weniger so ernstlich nicht gemeint. Es wird zwar ein förmlicher Kaufvertrag gerichtlich aufgenommen, Kaufpreis, Altentheil u. s. w. regulirt, aber mit der eigentlichen Uebergabe übereilt man sich nicht, wenn nur der Sohn einmal den Abschied hat. Fragt man, warum der Vater nach wie vor wirthschaftet, so giebt man vor, daß der Sohn noch nicht zu einer tüchtigen Heirath habe kommen können, und so können die Aeltern leicht noch ein paar Jahre die Besitzung für ihre Rechnung bewirthschaften, während der Sohn seine Pflicht gegen den Staat gleich Andern hätte erfüllen können, statt daß er jetzt nur Bauer auf dem Papier ist und die vorgeblich nothwendige Abtretung und Uebergabe wegen Unvermögens zur eigenen Bewirthschaftung der Aeltern simulirt erscheint. Diesem Mißbrauche, wodurch sich einer gesetzlichen Verpflichtung zum Nachtheil an-

derer Militärpflichtigen entzogen wird, kann vorgebeugt werden, wenn strenge darauf bestanden wird, daß die Uebergabe an den Sohn sofort vollzogen werde, und dieser durch Verheirathung eine eigene Wirthschaft anrichte. Denn sobald der Sohn eine Frau nimmt, hört die Herrlichkeit der Alten von selbst auf, weil sich zwei Paare nicht in einem Neste vertragen.

§. 70.

Fortsetzung; 2) erlaubte.

Wir haben die gesetzlich nicht gebilligten Scheingeschäfte betrachtet, und gehen nun

3) zu dem Falle, wo die Contrahenten unter dem Scheingeschäft ein anderes verborgen haben, an dessen Rechtsbeständigkeit kein Mangel erscheint. In diesem Falle gilt letzteres oder das dissimulirte Geschäft nach der Rechtsregel: plus valet quod agitur, quam quod simulate concipitur *a*).

Man sieht leicht ein, daß die Theorie von Scheingeschäften rücksichtlich der Vertragschließenden auf dem einfachen Satze beruht:

> unter den Contrahenten gilt dasjenige Geschäft, welches in der Absicht, daß es gelten solle, rechtsbeständig abgeschlossen worden ist.

Im Allgemeinen läßt sich also auch gegen die Moralität eines Scheingeschäfts eben so wenig etwas erinnern, als wenn zwei Personen über ihre Angelegenheiten leise mit einander reden, aber hin und wieder durch ein lautes Wort oder durch Mienen und Geberden den neugierigen Horcher irre zu führen suchen.

---

a) tot. tit. C. plus valere quod agitur etc. (IV. 22.)

Bei simulirten Verträgen der erlaubten Art kann man denn auch nicht zweifeln, daß der Richter unbeschadet seiner amtlichen Würde gar wohl mitwirken könne. Ja es wäre offenbar ein Eingriff in die natürliche Freiheit der Parteien, wenn er eine dergleichen Uebereinkunft durch mißverstandenen Eifer für Aufrichtigkeit oder aus einem eingebildeten Berufe für Oeffentlichkeit, da wo sie aus vollkommenem Rechte niemand fordern kann, hindern wollte; nicht zu gedenken, wie leicht er sich hier durch eine unzeitige Strenge des Vertrauens der Parteien verlustig machen könnte, wovon er gerade bei solchen Geschäften zur Verhütung von Mißbräuchen wirksamen Gebrauch machen kann.

§. 71.

Uneigentliche Simulationen.

Bisweilen geschieht es, daß etwas anderes verhandelt als schriftlich vorgegeben wird, ohne daß man ein eigentliches Scheingeschäft annehmen kann. Ich rechne hieher

a) wenn in der Absicht einer widerrechtlichen Täuschung ein Geschäft mit einem willkührlich gewählten Namen bezeichnet wird, welches sich jedoch als das, was es ist, aus seinen Merkmalen leicht erkennen läßt. Wäre letzteres nicht, so würde man ein eigentliches Scheingeschäft annehmen müssen, und zwar, wie sich von selbst versteht, der verbotenen Art. Z. B. Es kauft jemand ein handlohnbares Gut in der Absicht, es auf Profit wieder zu verkaufen. Um an den Handlohnsberechtigten kein Laudemium bezahlen zu dürfen, verabredet er mit dem Verkäufer, einen Vollmachtsvertrag vorzubilden. Die Veranlassung geben hauptsächlich die Dismembrations-

Spekulationen, wovon vorhin die Rede war, und der Vertrag wird gewöhnlich so gefaßt. Statt zu sagen, der A verkauft dem B seinen Hof für 6000 fl. und überläßt demselben, das Immobile für eigene Rechnung zu zertrümmern, also so vortheilhaft als er selbst wolle und könne, die dismembrirten Stücke zu verkaufen, wird, damit der B nicht als Käufer Handlohn bezahlen darf, sondern nur seine Nachkäufer, vorgespiegelt, als ob das Eigenthum unmittelbar von dem A auf diese Nachkäufer übergegangen wäre. Der s. g. Vollmachtsvertrag wird ohngefähr so gefaßt *a*): „Der A bevollmächtigt zur Auswirkung „des Dismembrations-Consenses für seinen Hof „und hiernächst zum theilweisen Verkaufe nach eigenem Gutbefinden den B unter der Bedingung, daß „dieser ihm, dem A, für den Hof 6000 fl. schaffen „müsse. Sollte B auch weniger erlösen, so müße „er dennoch die benannte Summe der 6000 fl. dem „A bezahlen, wogegen B auch den Mehrerlös für „seine Belohnung erhalten solle". Ich nenne dieses Geschäft ein uneigentliches Scheingeschäft, weil das, was zwischen dem A und B hier verhandelt worden, seinem Wesen und seinen Wirkungen nach nichts anderes als ein Kaufvertrag ist, indem A dem B eine bestimmte Sache für eine bestimmte Summe Geldes zum Eigenthum überlassen hat, und niemand, der nur einige Rechts- und Geschäftskenntniß hat, wird sich durch den willkührlich gewählten Namen irre führen lassen. Das Geschäft ist also von der Art,

---

a) Sogar gerichtliche dergleichen Verträge sind in der Praxis nicht selten. Dabei wird es nun freilich mit der causae cognitio so genau nicht genommen, wie oben §. 11 u. s. w. als nothwendiges Erforderniß bemerkt ist.

daß es von selbst seine Benennung als unpassend darstellt.

b) Zu den uneigentlichen Scheingeschäften rechne ich es auch, wenn in der Absicht, bei gewissen Arten des Verkehrs keine Stockung zu verursachen, etwas als schon geschehen angenommen wird, was nach dem eigentlichen Geschäftslaufe gleichwohl noch nicht geschehen ist, sondern erst später erfolgt. Dieß geschieht häufig bei dem Geldverkehre; man stellt in Erwartung der Valuta einen Schuldschein, eine Quittung aus, und bekennt darin den Empfang des Geldes, das man noch nicht empfangen. Besonders ereignet sich der Fall sehr häufig bei den Operationen vor dem Hypothekenbuche. Denken wir uns folgenden Fall: Sejus ist gegen Verpfändung seines Gutes dem Pomponius 3000 fl. schuldig. Um diesen zu befriedigen, verspricht ihm Scävola ein Darlehen von 3000 fl., will jedoch das Geld nicht anders als gegen Aushändigung der vollständigen Versicherungs-Urkunde, d. h. des Obligations-Instruments mit beigefügtem Hypothekenschein über die schon geschehene Eintragung zur ersten Stelle hergeben. Hier tritt aber eine Collision mit dem Pomponius ein, weil dieser die erste Stelle der Regel nach so lange einnimmt, bis er bezahlt ist, was gleichwohl nicht anders als mit dem neuen Darlehen des Scävola erfolgen kann. Will dieser nun das Geld nicht eher hergeben, als bis er die Versicherung der wirklich geschehenen Eintragung in der Hand hat, und Pomponius seines Orts sich nicht eher löschen lassen, bis er befriedigt ist, was doch nur mit dem neuen Darlehen geschehen kann: so wird das Geschäft wohl nicht zu Stande kommen, denn beide verlangen von dem Sejus und von der das Hypothekenbuch führenden Behörde etwas Unmögliches. Bei dem raschesten Geschäftsgange können

der Natur der Sache nach die mit Schreibereien verknüpften Operationen vor dem Hyp. Buche nicht mit der Beschleunigung erfolgen *a*), und das Geben des Geldes und der Empfang der Sicherheit dagegen so Zug für Zug geschehen, wie bei dem Faustpfandverkehre. Gesetzt nun aber Scävola bestünde eigensinnig auf seinem Verlangen *b*), jedoch Pomponius ließe sich in zuverläßiger Erwartung der nicht ausbleibenden Bezahlung bereit finden, einstweilen zu quittiren und seine Forderung im Hyp. Buche löschen zu lassen, Sejus ließe auch dem Scävola das Obligations-Instrument mit dem Hyp. Schein ausfertigen, eben so, als ob die erst noch zu zahlende Valuta schon bezahlt wäre: so wäre hier eigentlich ein doppeltes Scheingeschäft vorgegangen, jedoch nur ein uneigentliches; denn es ist nicht die Absicht der Interessenten, rücksichtlich dessen, was verhandelt worden, sich oder einen Dritten zu täuschen. Eine andere Frage ist es; was haben die Betheiligten zu thun, um sicher zu gehen, daß eine dergleichen Präposterirung nicht gemißbraucht werde? Es kommt hierbei alles darauf an, daß derjenige, welcher in Erwartung gewisser Leistungen sich schon als befriedigt vorläufig erklärt, für seine Sicherheit durch eine

---

a) Ueber den gewöhnlichen Gang des Verfahrens hierbei vergl. das Formular Lit. I.

b) Wenn der neue Darleiher hier sicher gehen will, so darf er nur dafür sorgen, daß Pomponius mit seinem Gelde befriedigt wird, und er rückt alsdann für sich selbst in die erste Stelle, die jener bisher eingenommen hat. Allein mancher Darleiher will sich's eben gar bequem machen, oder ist schlechterdings nicht zu bedeuten; und doch läßt sich hier, wo so vieles oder alles auf den guten Willen dessen, der das Geld giebt, ankommt, nicht viel mit ihm rechten.

Rückversicherung (Revers) oder eine andere geeignete Manipulation sorgen müsse, also in dem gegebenen Falle Sejus durch Nichtaushändigung des Obligations-Instruments an Scävola als nur gegen Baarerlegung des Geldes, und Pomponius dadurch, daß er sich dieses Document zur Erhebung des Geldes bei Scävola einhändigen läßt.

Daß die eigenthümlichen Bestimmungen des römischen Rechts über die literarum obligatio — über den chirographarischen Vertrag und die Brautschatzbestellung nämlich — ingleichen rücksichtlich der Beweiskraft der Quittungen von der Vorstellung eines dergleichen Scheingeschäfts der uneigentlichen Art ausgehen, glaube ich hier gelegenheitlich erwähnen und somit zugleich diese Theorie kürzlich in das Gedächtniß zurückrufen zu dürfen. Nach jenen Bestimmungen *a*) wirkt

1) eine simple *b*) Handschrift, Chirographum, über ein Darlehen vor Ablauf von 2 Jahren keinen Beweis der bezahlten Valuta; der Aussteller kann den Einwand des nichtgezahlten Geldes (exc. non numeratae pecuniae) vorschützen, und der Inhaber der Handschrift muß durch andere Beweismittel darthun, daß er das Geld gegeben habe. Ist dagegen die Handschrift über zwei Jahre alt, so wirkt sie eine s. g. praesumtio juris et de jure, und der Schuldner kann nicht einmal mit dem Be-

---

a) Höpfner's Commentar §. 851. ff.

b) Ein wiederholtes Bekenntniß oder dessen Ausstellung vor Zeugen giebt dem Chirographum auch intra biennium die Beweiskraft. Daß ein zum gerichtlichen Protokoll erklärtes Schuldbekenntniß sofort beweisfähig ist, ist nicht zu bezweifeln.

weise des nicht erhaltenen Geldes mehr gehört werden *a*).

2) Wenn der Schwiegersohn über das empfangene Heirathsgut einen Handschein ausstellt, dasselbe also aussergerichtlich bekennt, und dieses Bekenntniß nicht sonst wie bei dem Darlehen qualificirt erscheint; so steht ihm auf gleiche Weise der Einwand des nicht bezahlten Heirathsguts gegen den die dos repetirenden Schwiegervater unter gewissen Modalitäten zu. Es kommt nämlich vor allen darauf an, ob die Ehe a) unter 2 Jahren, b) nach 2 Jahren, c) nach 10 Jahren getrennt worden, und ob der Schwiegervater früher oder später klagt. Klagt er im Fall auf a. binnen einem Jahre, oder im Fall auf b. binnen 3 Monaten nach der Trennung der Ehe auf Rückgabe des Heirathsguts, so hat der Schwiegersohn den Einwand des nicht gezahlten Heirathsguts mit voller Wirkung; der Schein hat aber volle Beweiskraft, wenn der Schwiegervater nach jenen Fristen klagt, so wie im Fall auf c. ohne Unterschied der Zeit der Klaganstellung.

3) Für die Beweiskraft der Quittungen ist ein Alter von 30 Tagen vorgeschrieben.

Diese in der That nicht im Geist einer philosophischen Gesetzgebung gemachten exorbitanten Bestimmungen des römischen Rechts haben die neuern Gesetzgebungen von Preußen *b*), Frankreich *c*), Oesterreich *d*) nicht zu den ihrigen gemacht.

---

a) Doch der Gerichtsgebrauch gestattet den Beweis auch nach zwei Jahren. Pufendorf I. obs. 64. §. 3.

b) Allg. L. R. Th. I. Tit. 11. §. 733. Tit. 16. §. 104. Nur bei Darlehens-Instrumenten, die in das Hyp. Buch eingetragen werden, wirkt der Ablauf von 38 Tagen nach der

§. 72.

III) Gewißheit (certitudo).

Die Einwilligung in ein Rechtsgeschäft muß ausserdem, daß sie gesetzmäßig, also rechtlich möglich ist (§. 62. ff.), auch wirklich eine solche seyn; sie muß wahr und aufrichtig, also frei und ernstlich, im Gegensatze von Zwang, Täuschung und Schein (§. 66. ff.), aber auch gewiß seyn. Für diese letztere Eigenschaft bürgt uns die Art und Weise, wie die Gedanken der Erklärenden ihrer Absicht gemäß mit mehr oder weniger Zuverlässigkeit ausgedrückt sind. Wir können eine mit Wahrheit und Aufrichtigkeit erklärte Willensmeinung nicht verstehen, weil der Erklärende nicht die Gabe hat, sich verständlich zu machen, ungeachtet er es will. Jene Wahrheit und Aufrichtigkeit der Erklärung beruht auf Eigenschaften des Willens; die Gewißheit derselben auf Eigenschaften des Verstandes. Soll der Ausdruck unsers Willens gewiß seyn, so muß er durch Worte oder Zeichen zur allgemeinen Verständlichkeit gebracht werden. Es giebt aber eine wirklich erklärte oder aus Handlungen vermuthete Einwilligung.

Eintragung, wenn unterdessen keine Protestation wegen nicht empfangener Valuta vorgemerkt worden, die Vermuthung des nach dem Inhalte des Instruments bezahlten Geldes, aber auch alsdann eine praesumtio juris et de jure zum Besten jedes dritten ordentlichen Inhabers; Tit. 11. §. 738. fg. Ferner eine über 3 Monate alte Quittung erregt gegen den Aussteller eine seine Beweislast erschwerende Vermuthung. Tit. 16. §. 106. f.

c) Code Nap. Art. 1322. 1319.

d) Oesterreich. Gesetzb. §. 1001. 1426. ff.

Eine wahre Einwilligung (consensus verus) ist vorhanden, wenn dieselbe ausgedrückt ist:

1) durch Worte oder Zeichen, nach dem allgemein angenommenen Gebrauch der Gedanken-Mittheilung (cons. expressus),

2) durch (Begehungs- oder Unterlassungs-) Handlungen, woraus sich die Einwilligung mit Sicherheit erkennen läßt (cons. tacitus). Man nennt diese Handlungen facta concludentia, und es gehört hieher namentlich das qualificirte *a*), nicht das simple *b*) Stillschweigen.

Eine vermuthete Einwilligung (c. praesumtus) ist vorhanden, wenn dieselbe bloß aus allgemeinen, auf der bekannten Handlungsweise eines einzelnen Menschen überhaupt beruhenden Gründen als wahrscheinlich angenommen wird *c*).

Wir halten uns dem Zwecke dieser Abhandlung gemäß bei bloß stillschweigenden und vermutheten Willenserklärungen, ihren rechtlichen Erfordernissen und Wirkungen nicht auf; sie gehören in den Kreis

---

a) c. 43. de R. J. in 6to.

b) L. 142. D. de R. J.

c) Vergl. K. H. Gros Lehrb. d. philos. Rechtwiss. (3. Ausg.) §. 187. 188. Man darf also den consensus tacitus mit dem c. praesumtus nicht für einerlei halten, auch letzteren nicht für identisch mit dem s. g. c. *fictus*, den man ehedem als Grund der Verbindlichkeit der Quasicontrakte angenommen hat, der aber eigentlich gar nicht zum Genus der Consense gehört, womit man vielmehr nichts anders ausdrücken will, als daß hier die Gesetze auch ohne Consens eine Verpflichtung aus Gründen der Billigkeit und des gemeinen Besten anerkennen, wie sie sonst nur auf den Grund eines wirklichen oder vermutheten Consenses Statt findet. Weber von der nat. Verbindlichk. §. 24. ff.

der Beurtheilung einer schon vorhandenen Willenserklärung, nicht hieher, wo es sich davon handelt, eine unzweifelhaft gewisse, also ausdrückliche Einwilligung zu bewirken.

§. 73.

Mittel zur Bewirkung der Gewißheit des Willens; a) Kenntniß der Sprache der Parteien.

Da hier die Willenserklärung vor allen durch Worte deutlich ausgedrückt werden soll, so ist ein wesentliches Erforderniß, daß der Richter, welcher die Erklärung vernimmt und hiernächst niederschreiben läßt, die Sprache des Erklärenden vollkommen verstehe. Es ist hier nicht sowohl von dem Falle die Rede, wo das Gericht nicht die Sprache der Parteien spricht. In diesem Fall ist ein Dolmetscher beizuziehen, und es lassen sich dießfalls keine zweckmäßigern Verfahrungs-Regeln vorschreiben, als sie in der preuß. Gerichtsordnung *a*) enthalten sind. Wir haben es hier nur mit solchen Richtern und Parteien zunächst zu thun, deren Muttersprache die Deutsche ist. Auch hier versteht sich indessen nicht alles von selbst. Es ist in der That nicht immer eine leichte Aufgabe, mit Personen aus den niedern Ständen, besonders aus der Classe der Landbewohner, sich zu unterhalten und gegenseitig verständlich zu machen. Vornämlich findet der Richter aus einer andern Provinz hier oft gar eigenthümliche Schwierigkeiten, nicht sowohl um verstanden zu werden, (denn wenn er selbst gut deutsch spricht, so hat es eben keine Noth,

---

a) Th. II. Tit. 2. §. 37 — 41. Ich habe für diejenigen, welche dieses Gesetzbuch etwa nicht besitzen, die bezogenen Stellen unter den Beilagen sub Lit. K. beigefügt.

daß ihn nicht auch der Bauer an der Isar oder an der Spree versteht, so gut als den Prediger auf der Kanzel), als vielmehr um zu verstehen. Denn hier stößt man ausser dem eigenen Jargon, auch oft auf ganz sonderbare Ausdrücke, Construktionen und Wendungen der Rede, die recht gut deutsch und verständlich in die Ohren klingen, womit aber eben leider der gemeine Mann einen ganz andern Begriff verbindet, als das hochdeutsche Wörterbuch oder die Grammatik. So spricht der Bauer in der Gegend, wo dieses geschrieben wird, häufig in einer Art von vornehmer Affektation im Imperfektum statt im Präsens. Z. B. „Ich gab meiner Tochter 1000 fl. zum „Heirathsgut (wohl zu merken: sie soll es erst bekom„men), wir waren (sind jetzt) ganz in Richtigkeit „mit einander; ferner: Er ist von Jugend auf ein „sehr erkenntlicher (gelehriger) Mensch gewe„sen; — er schrieb seinen Namen unter den Schuld„schein, vermuthlich hat er (es versteht sich von „selbst, daß er) das Geld erhalten. — Hierauf hat „er vielleicht (ohngefähr) folgendes geäussert" ꝛc. — Hierzu kommen ausser dem Heere rein provinzieller Redensarten noch eine Menge Ausdrücke in Beziehung auf Ackerbau und ländliche Gewerbe, die ganz lokal sind, und die man oft erst nach langem Umgange mit dieser Volksclasse und dadurch erlangter Kenntniß ihrer sittlichen Eigenheiten, Gebräuche, Gewohnheiten und Lebensart verstehen lernt. Der Richter, welcher hier noch nicht viel Erfahrung hat, muß sich also hüten, daß er nicht zu rasch den Sinn der Rede dieser Leute aufgefaßt zu haben glaubt. Er muß ihnen ihre Erklärung besonders in den wesentlichen Punkten in seiner Sprache wiederholen, die Gedanken zergliedern und in verschiedenen Formen vorstellen; er muß endlich — eine sehr heilsame Maß-

regel — eines der gebildetern Gemeindeglieder als Beistand, als eine Art von Dolmetscher, zuziehen.

§. 74.

Fortsetzung. b) Kenntniß der Motive des Geschäfts.

Um indessen die wahre Willensmeinung der Parteien zu vernehmen, reicht man mit der bloßen Kenntniß der Sprache derselben und ihrer Ausdrucksseigenheiten allein noch nicht aus. Denn es kommt hier nicht bloß auf einen sprachrichtigen, also formell zuverlässigen Willensausdruck an; man muß sich auch von dessen materieller Richtigkeit überzeugt halten dürfen, oder das Ganze der gerichtlichen Mitwirkung ist nicht viel werth. Betrug, Irrthum, Uebereilung werden auf dem Wege der einfachen Gedanken-Mittheilung noch lange nicht gehoben, zumal bei gewissen Menschen, die es mit der Logik so genau nicht zu nehmen pflegen. Um dahinter zu kommen, was ihre eigentliche Willensmeinung ist, muß man sich gewissermaßen erst den Weg zu ihrem Innern öffnen. Man muß sich daher vor allen mit den individuellen Verhältnissen des Falles, soweit es zur Erklärung der eigentlichen Willens-Motive diensam ist, vertraut machen; sich nicht begnügen, bloß die Resultate des Geschäfts, z. B. von wem? an wen? was? wie theuer? unter welchen Nebenabreden? verkauft wird, zu vernehmen; sondern sich wo möglich in den Anfang des Geschäfts zurück versetzen, und dessen Verlauf mit den Interessenten kürzlich durchgehen; wohl verstanden jedoch, nur soweit als dieses zur Erkenntniß der Willensbestimmung, und diese wiederum zur Ueberzeugung führt, und vernünftiger Weise dazu diensam seyn kann: daß die Willenserklärung zuverlässig sey, also auf der einen Seite ohne unnütze

Weitläufigkeit und auf der andern vor allen Dingen ohne unziemliche Neugierde. Die Unterredung mit den Parteien, die zu diesem Ziele führen soll, muß daher der Würde des richterlichen Amtes angemessen, sie muß nicht in ein zeitverderbendes Geschwätz ausarten, aber auch nicht auf eine ungebührliche Erforschung der Heimlichkeiten der Parteien ausgehen, sondern einzig die Absicht haben,

die wahre Willensmeinung der Betheiligten, welche diese zu verheimlichen selbst kein Interesse haben können, zu vernehmen.

Diese Unterredung soll also nur das Mittel seyn, dem in der natürlichen Blödigkeit und Zurückhaltung, oder auch in der Sorglosigkeit gewisser Menschen liegenden Hindernisse der für den Zweck des Geschäfts nothwendigen Mittheilung zu begegnen und so nachherigen Einwendungen von Mißverständnissen, Ueberlistungen u. s. w. rechtzeitig abhelfen. Diese sorgfältige Informations-Einziehung hat oft schon während der Verhandlung ganz andere Resultate geliefert, als man nach dem ersten Vorbringen der Parteien niederzuschreiben versucht gewesen war.

Es versteht sich von selbst, daß ich hier nur Personen aus der niedern Volksclasse, die eben darum auch gewöhnlich auf einer niedern Stufe der Bildung stehen, im Auge habe. Bei Personen von einiger Bildung überhaupt, und in Geschäften der vorliegenden Art besonders, darf man so viel Kraft des Verstandes und Willens voraussetzen, daß sie nicht blind zutappen, sondern was zu ihrem Frieden dient, selbst einsehen. Hier könnte der Richter leicht die Grenzen der Bescheidenheit überschreiten, wenn er von der bemerkten Maxime der Informations-Einziehung auch über die Motive des Geschäfts ohne

weiters Anwendung machen wollte. Aber der größte Theil der Geschäfte Treibenden, besonders bei Untergerichten, gehört zu denen, die der amtlichen Fürsorge bedürfen, und gewiß oft so sehr, als viele der eigentlichen Curatelbedürftigen im rechtlichen Sinne. Bedenke man nur, wie wenig der gemeine Mann ohne Bildung in der Sprache und ohne Kenntniß von den Geschäfts-Erfordernissen, er sey Bauer, gemeiner Professionist oder dergl. geschickt ist, den Sinn und Umfang einer von einem gewandten Mitcontrahenten ihm abgelockten, von diesem vielleicht zu Papier gebrachten Willenserklärung vollständig aufzufassen, oder die rechtliche Bedeutung und die vielleicht höchstwichtigen Folgen gewisser Ausdrücke und Clauseln einzusehen. Und doch wird dieß oft selbst bei Gerichten so leichtsinnig behandelt; die zur Stelle gebrachte Punktation, vielleicht ohne weitere Nachfrage nach der Art ihrer Entstehung, nur auf gerathewohl zum Protokoll genommen, und was bei sorgfältiger Nachfrage als Trug und Gefährde sich darstellen würde, als „getreulich und ohne Gefährde" verhandelt niedergeschrieben. Daher jene Thränen!

Der schlichte, darum auch arglose gemeine Mann hat gewöhnlich sein Augenmerk nur auf die Hauptmomente des Geschäfts gerichtet; rücksichtlich der Nebenabreden ist seine Aufmerksamkeit schon weniger gespannt. Haben vollends diese pacta eine technische Form, so klingen sie ihm vielleicht wie leere Töne zu den Ohren, und er denkt sich bei der Entsagung des Einwands der Verletzung über die Hälfte, der Wohlthat der Vorausklagung dessen, für den er Bürgschaft geleistet hat, so wenig als bei der Formel: kund und zu wissen sey hiermit. Ein Beispiel, das mir erst kürzlich vorgekommen, mag das Gesagte belegen. A war dem B 500 fl. schuldig gewor-

geworden. Nachdem dieser mehrmals seine Befriedigung vergeblich erinnert hatte, drohte er klagbar zu werden; er vereinigte sich aber aussergerichtlich mit dem A noch zu einer vierteljährigen Nachsicht, weil dieser ihm in der Person des C einen Bürgen stellte. Sie verfaßten zusammen einen schriftlichen Aufsatz, worin der A versprach, dem B die 500 fl. längstens in einem Vierteljahre zu bezahlen, und C sich anheischig machte, „auf ein Vierteljahr „Bürgschaft zu leisten". Die Interessenten ließen, was sie aussergerichtlich festgesetzt hatten, gerichtlich protokolliren. Als ich nun bei dieser Gelegenheit die Punktation erklärte, und daß nach derselben der C der Bürgschaft entledigt sey, wenn die Bezahlung in einem Vierteljahre nicht erfolge u. s. w. so ergab sich erst, daß das keineswegs die Meinung gewesen, sondern die Verabredung eigentlich dahin gegangen: es solle und wolle C sich verbürgen, daß der A in einem Vierteljahre längstens Zahlung leiste; der Schulmeister, der den Aufsatz geschrieben, habe sich nur nicht recht ausgedrückt. Es sey nur die Meinung gewesen, daß B dem A nicht länger Nachsicht geben solle.

§. 75.

Das Vertrauen der Parteien, ein Mittel zum Zwecke.

Eine wesentliche Bedingung der Wirksamkeit des Richters da, wo nach der nidern Bildungsstufe der Parteien seine Theilnahme mehr in positiver Art sich äussern muß, ist das Vertrauen, das diese zu ihm fassen, ihre Ueberzeugung, daß sie nur Gutes von ihm zu erwarten haben. Je ungetheilter dieses Vertrauen in Beziehung auf seine Kenntnisse, seine Erfahrung und Rechtschaffenheit ist, um desto nützlicher

wird sich seine Wirksamkeit beweisen. Es giebt Richter, — ihre Zahl ist freilich nicht sehr groß — die es mit ihren Amtsanbefohlnen deßfalls so weit gebracht haben, daß sie nicht nur in dem Falle, worauf ich oben schon (§. 26. n. 12.) gezielt habe, willige Folgsamkeit finden, sondern daß jene sogar oft in wesentlichen Stücken und Festsetzungen ihres Geschäfts ihre Willkühr dem Ausspruche des Richters unterordnen. Sie errichten einen Ehe- und Erbvertrag; aber sie sind, wenn sie in das Gerichtszimmer treten, oft nur darin mit einander einig, daß der Steffen die Grete heirathen, und jener und diese so und so viel in die Ehe bringen; die nähern Bestimmungen: über die wechselseitige Erbfolge, über Jahrsfall, Rückfall u. s. w. soll oft erst der Richter festsetzen. Sie glauben, so werde es gesetzmäßiger seyn, und — sie wissen, daß er es gut mit ihnen meint. Dieses Vertrauen ist namentlich der Haupthebel bei dem Vergleichstiften. Bloße Gewandtheit im Negociiren und Schachern, Geschmeidigkeit im Benehmen, selbst die Kunst die empfänglichen Seiten des Herzens zu treffen ꝛc., das alles macht es nicht aus, kann sogar zu dem Einwande der Ueberredung mit mehr oder weniger Grund Veranlassung geben. Noch weniger erscheint jene Herablassung zur Spaßmacherei, womit mancher sich populär machen will, als ein würdiges Mittel zum Zwecke. Man mag durch dergleichen Künste diesen oder jenen gewinnen, ihn überreden; aber eine dauernde Ueberzeugung wirkt man nicht, vielmehr oft gerade das Gegentheil. Der Sache angemessene, also aus ihr selbst hervorgehende Vorschläge, das billige Ermessen des Richters, gleichsam einen motivirten Ausspruch pro aequo et bono, das ist es, was die Interessenten erwarten, und was selten den Zweck verfehlt; die streiten-

den Theile trauen der Unbefangenheit des Richters, sie glauben daher, daß, was er den Umständen gemäß erachtet, denselben gemäß seyn werde, und sie vereinigen sich mit seinem Ausspruche. „Wie Sie sprechen", hört man daher sehr häufig, „ist mir es recht". Es liegt hierin eine Berufung an seine Diskretion, und daß er das in ihn gesetzte Vertrauen nicht mißbrauchen werde.

Aber dieses Vertrauen will von Seiten des Richters erworben seyn,

1) durch einen bewährten rechtlichen Sinn, durch jene unerschütterliche Gewissenhaftigkeit und jenen Gleichmuth, der sich durch kein, auch sonst etwa für moralisch löblich gehaltenes Motiv a) — heiße es Haß gegen Ungebühr, Mitleiden, oder welche Leidenschaft der edlern Art sonst — von der Bahn der Gesetzmäßigkeit abwendig machen läßt. Auch hier ist es, wo Einseitigkeit nicht gefällt, vielmehr Mißtrauen erzeugt. Man soll ihn nicht wie einen Rhadamanthus scheuen, den Richter, aber auch nicht eine von den weichgeschaffenen Seelen in ihm vor sich sehen, die bei den Klagen des Armen auf das Recht des Reichen scheel hinsieht, die vor den Thränen des von seinen Gläubigern verfolgten Schuldners in Wehmuth zerschmilzt, und eben damit in Versuchung geräth, nach Crispins Weise der gottgefälligen Gerechtigkeit nach Gelegenheit etwas zu vergeben, wenn es scheinbar einem guten Zwecke gilt. Leichtbegreiflich erzeugt dieß, wenigstens bei einem Theile, das heißt immer

---

a) Judicem in cognoscendo neque excandescere adversus eos, quos malos putat, neque precibus calamitosorum illacrymari oportet: id enim non est constantis et recti judicis, cujus animi motum vultus detegit. L. 19. D. de off. praesidis. Eine goldene Regel, — wer ihrer nur immer eingedenk wäre!

also bei der Hälfte der Interessenten Unzufriedenheit und entfremdet dem Richter die Herzen in dem nämlichen Grade, wie jene Strenge, die das homo sum ganz verkennet.

2) Ausser dem Grunde des Vertrauens, der in jenen allgemeinen Eigenschaften des Charakters liegt, erwirbt sich der Richter dasselbe durch besondere Verdienste um das Wohl seiner Amtsanbefohlnen, und zwar namentlich durch solche, die seine amtlichen Pflichten ihm wenigstens nicht schlechterdings vorschreiben. Hieher gehört die Geneigtheit, den Rechtsunerfahrnen in ihren Angelegenheiten ein williges Gehör zu leihen, sie, allenfalls auch ausser der Gerichtsstube, mit ihrem Anliegen zu hören, und ihnen mit Rath und That beizustehen. Wir haben es hier mit einem Gegenstande von sehr zarter Art zu thun, und dieß mag es rechtfertigen, wenn demselben eine nähere Betrachtung gewidmet wird.

§. 176.

Wiefern darf der Richter den Rathgeber der Parteien machen?

Der gemeine Bürger und Bauer sieht in der Regel in allen seinen Angelegenheiten den ihm vorgesetzten Beamten als seine erste Instanz an, und also in rechtlichen Sachen den Justizbeamten. An diesen wendet er sich, wenn er in Schulden steckt, wenn er Familienleiden hat, wenn er bei einem aussergerichtlichen Geschäft sich vervortheilt sieht, kurz in den mancherlei Nöthen des Lebens, wo er sich nicht selbst zu rathen und zu helfen weiß. Er geht nicht zum Advokaten, theils aus Scheu vor Kosten, theils aus einem gewissen Vorurtheil vor prozessualischen Einfädelungen; aber auch aus besonderm Vertrauen hält er sich nicht zu jenem, sondern zu dem Manne, der ihn

in so mancherlei Beziehungen und Lagen kennen gelernt, und der nicht wie der Advokat — so meint er — ein Interesse dabei hat, ihm nicht auf dem allerkürzesten Wege zum gewünschten Ziele zu führen. Bei dem Beamten sucht er Rath und überdieß auch (so stellt er sich's wenigstens vor) Hülfe; Hülfe auf dem nächsten und unmittelbarsten Wege. „Sie wer„den es schon machen, — Sie wissen das ja am „besten — es kommt ja doch nur auf Sie an" das ist ordentlicher Weise der Schlußreim jedes dergleichen Anbringens. Der Richter soll also Rath und Anleitung geben, was zu thun sey. — Aber darf dieß der Richter? Steht nicht in seinem Eide, daß er keinem Theile rathen, keinen warnen wolle? Und wie leicht kann der Handel, worin der Richter Rath gegeben, nachher zum Prozesse kommen und er — richten müssen? — Wirklich wird daher auch diese Maxime des Nichtrathens beinahe gewissenhaft beobachtet, und während nur ausnahmsweise Einer oder der Andere seiner natürlichen Gutmüthigkeit nachgiebt, weißt der größte Theil der Richter dem Rathsuchenden geradezu die Thüre. — Allein man sollte vor allen bedenken, daß nur von gefährlichem Rathen hier die Rede ist a), welches sich daran erkennen läßt, wieweit das Benehmen des Richters dabei in Collision kommt mit der nothwendigen Unbefangenheit, die er entweder hiernächst bei der Entscheidung dieser Angelegenheit im streitigen Verfahren oder bei der gleich durchgehenden, auch den andern Theil nicht vergessenden amtlichen Fürsorge im nichtcontentiösen Prozesse

---

a) Vergl. v. Gönner's Commentar zum k. baier. Gesetz vom 22. Jul. 1819. (Erlangen 1820. 8.) S. 72.

nöthig hat. Der Richter soll also zwar rathen, jedoch nur soweit, als er dadurch nicht verhindert ist, zu richten, ferner nur soweit, als die Möglichkeit eines dem gegentheiligen Interessenten, wenn auch dieser sich an ihn wendet, zweckmäßig zu ertheilenden Rathes dadurch nicht ausgeschlossen wird. Es ist also zwischen dem Extreme des gefährlichen Rathens, welches der Mann von Gewissen leicht selbst und ohne Regel als solches erkennt, und dem entgegengesetzten, oder der gänzlichen Gleichgültigkeit, für den Richter, den Liebe zu seinem Beruf im ganzen Umfange beseelt, noch eine glückliche Mittelstraße zu finden, wenn er sie suchen will. Sollte der Landrichter, der in dem Falle, den ich jetzt beispielsweise erzählen will, dem Bauer gerathen hat, daß er unverzüglich und ehe die Verjährung eintrete, die redhibitorische Klage anzustellen habe, tadelswürdig oder gar pflichtwidrig gehandelt haben? — Der Bauer hatte von dem Juden ein paar Pferde gekauft und einen Theil des Kaufschillings bezahlt; die Bezahlung des Restes hatte der Jude sich 4 Wochen nach der Uebergabe bedungen. Bald nach der Uebergabe bemerkte der Bauer an dem einen Pferde Spuren einer Krankheit, die von Sachverständigen nach Wahrscheinlichkeit für die Lungenfäule erkannt wird. Die Umstände ergeben, daß es ein schon vor der Uebergabe vorhandener gewesener Schaden ist. Der Bauer unterläßt nicht, dem Juden das Pferd als fehlerhaft anzusagen, allein dieser hält ihn unter allerlei Vorspiegelungen und schwankenden Vertröstungen hin. Es sind nun schon mehrere Wochen verstrichen, das Pferd wird augenscheinlich immer schlechter, und so kann der Bauer auch das andere für seine Bestimmung nicht recht gebrauchen. Gute Freunde und Nachbarn mei-

nen, der Bauer habe ja mit dem noch schuldigen Kaufgelderreste, wie man zu sagen pflegt, den Vogel in Händen; er solle nur diesen nicht bezahlen, und wenn der Jude klage, ihm mit dem Einwande der Fehlerhaftigkeit und daß der Jude, wie verlangt worden, die Pferde nicht zurückgenommen, begegnen. Allein der Jude klagt nicht; er wartet schlau die Zeit ab, da die Wandelungsklage erloschen ist (nach 2 Monaten). Der Bauer wird unruhig, er lauft ins Amt, und der Landrichter macht ihn aufmerksam, was er ohne längern Verzug zu thun habe, um sein Klagrecht nicht zu verlieren, nimmt auch, weil der Bauer die Nützlichkeit des Raths einsieht, sofort die Klage auf. Nach der mißverstandenen Theorie vom Rathgeben des Richters hätte er den Bauer freilich kurzweg an einen Advokaten weisen sollen. Allein hier wäre, besonders sofern als der unwissende Bauer darüber vielleicht den kritischen Zeitpunkt versäumt hätte, der Landrichter indirekter Weise der treueste Rathgeber des Juden geworden. Wie der Richter sogar im streitigen Prozesse das Beste einer unberathenen Partei unbeschadet seiner Richterpflichten wahrnehmen kann und soll, darüber habe ich anderwärts *a*) mehr gesagt. Uebrigens will ich alles, was hier vom Rathgeben bemerkt worden, ausdrücklich nur von Unterrichtern besonders auf dem platten Lande und in Beziehung auf das rechts- und geschäftsunerfahrne Landvolk, auch nur soweit als dieses wirklich unberathen, also nicht schon mit einem Sachwalter versehen ist, gesagt haben.

---

a) Ueber die Grenzen des Richteramts in bürgerl. Rechtssachen. Nürnberg 1819. §. 20. 21.

§. 77.

Vorsichtiges Benehmen bei der Bewirkung einer rechtsverbindlichen Einwilligung.

Ich habe bisher (§. 62. ff.) gezeigt, was der Instruent eines Rechtsgeschäfts zu thun habe, damit eine gesetzmäßige, freie, ernstliche und gewisse Einwilligung erfolge, und wie derselbe den deßfallsigen Hindernissen entgegenwirken müsse. Es darf auch, nach dem, was an mehreren Stellen dieser Schrift hierüber schon gesagt worden, kaum noch einmal erinnert werden, daß derselbe den Hauptgesichtspunkt bei seiner Mitwirkung nicht aus den Augen verlieren dürfe,

daß er nämlich nur formell, nicht materiell Betheiligter sey, und daß seine Theilnahme da, wo es auf materielle Bestimmungen ankommt, aufhören müsse zu wirken, sobald sie mit dem freien und wohlüberlegten Entschlusse der Interessenten sich berührt.

Wohlwollende Fürsorge, wenn auch mit höchster Unbefangenheit und einer ganz gleichen Neigung für das erlaubte Interesse des Einen wie des Andern der Contrahenten geltend gemacht, ist es überhaupt nicht allein, wodurch der Richter zweckmäßig wirkt. Er hat es mit vernünftigen, freien Menschen zu thun, und die es etwa nicht sind, sollen es werden, nicht dadurch, daß Andere für sie denken, in ewiger Unmündigkeit erhalten werden. Der Richter darf also noch weit weniger in dem, was das Beste der Parteien gilt, deren eigenes Urtheil beschränken, vielmehr muß er, sobald dieselben den Gegenstand und die Modifikationen der Willenshandlung gehörig eingesehen haben, und von den gesetzlichen Erfordernissen der Gültigkeit des Geschäfts unterrichtet, erscheinen, sich

aller weitern positiven Thätigkeit enthalten, am wenigsten soll er ihnen unter dem Vorwande des Belehrens seine individuelle Meinung wider ihren erklärten Entschluß aufdringen (vergl. §. 25).

Die Bewirkung einer gesetzmäßigen Einwilligung und die deßfallsige Fürsorge des Richters geht aber nicht bloß auf die wesentlichen Theile des Geschäfts, sondern sie erstreckt sich auf alle und jede Verabredungen und zufällige Bestimmungen, welche mit dem, was rücksichtlich des Hauptgegenstandes ausgemacht worden, zusammen ein Ganzes bilden. Dieses führt uns denn unmittelbar zur nähern Prüfung dessen, was in Ansehung der bey allen Rechtsgeschäften bald mehr bald weniger vorkommenden Cautelen, Clauseln und Verzichte Rechtens und zu beobachten ist, damit nicht entweder der Gedankenlosigkeit oder, was noch schlimmer wäre, der richterlichen Willkühr (§. 26. n. 10.) ein Tummelplatz geöffnet werde; der Willkühr nämlich in sofern, als der Concipient eines Vertragsinstruments, wie so häufig besonders bei einem leichtfertigen und gedankenlosen Gebrauche von Formularien geschieht, dergleichen Clauseln gleichsam nur als zur äussern Form gehörig betrachtet.

BB. Von gewissen Versicherungs-Modalitäten der Einwilligung, oder von Cautelen und Clauseln.

§. 78.

Von Cautelen und Clauseln a) im Allgemeinen.

Wenn wir von Cautelen und Clauseln bei

a) S. Stryk de caut. contr. necess.
J. N. Hert. de jurisprud. cavente. In opusc. T. III. n. 1.

einem Rechtsgeschäfte sprechen, so denken wir uns dabei die Anwendung von gewissen Vorsichtsregeln, wodurch diesem Geschäft eine solche Richtung oder in Beziehung auf den Willensausdruck eine solche Fassung gegeben werden soll, daß wir uns die für unsern Rechtszustand beabsichtete Wirkung zuverlässig davon versprechen dürfen. Kein Rechtsgeschäft ist ganz sicher vor dem Einflusse künftiger Ereignisse, und daß nicht dadurch die durch dasselbe begründeten rechtlichen Verhältnisse einer zweifelhaften Deutung ausgesetzt werden. Darum soll dasselbe durch die gegenwärtigen Bestimmungen diejenige Richtung erhalten, welche unserer rechtlichen Absicht bei dessen Eingehung gemäß ist, oder überhaupt, welche dem erlaubten Vortheile desjenigen zusagt, zu dessen Besten diese vorsorgliche Bestimmung beigefügt wird. Diese Bestimmung kann bald in der Form einer nähern Erklärung unserer Absicht oder in der Form eines Vorbehalts oder einer der Willenserklärung beigefügten Einschränkung, bald auch so erfolgen, daß der eine Theil künftige Einwendungen des andern unwirksam macht dadurch, daß er sich zum voraus auf selbige Verzicht thun läßt. Da die ganze Fassung einer jeden Willenserklärung nach ihren Haupt- und Nebenbestimmungen, die zusammen ein Ganzes ausmachen, keine andere als eben jene Tendenz hat, daß nämlich für alle künftige Ereignisse und gegen jede einseitig willkührliche Deutung dergleichen vorsorgliche Anordnungen getroffen werden, und jene in diesen eine allzeit bereite Entscheidungsnorm finden; da ferner selbst, was die Verzichte anlangt, ein Gleiches gilt, sofern als dadurch einem Mangel an der vollständigen Einwilligung oder eines andern gesetzlichen Erfordernisses rechtlich zulässi-

ger Weise abgeholfen wird a): so sind Cautelen und Clauseln an sich weiter nichts, als

nähere Bestimmungen zur Versicherung eines Rechtsgeschäfts und seiner Wirkungen,

im Grunde also mehr oder weniger Ergänzungen einer ausserdem mangelhaften Fassung des Ganzen. Und so wird denn eine mit Umsicht und Sprachkenntniß gemachte präcise Fassung eines Instruments manche sogenannte Clauseln entbehrlich machen, die dasselbe zu einem, in seiner äusserlichen Gestalt schon widerlichen Aggregat nachlässig zusammengefügter, bisweilen sich wohl gar unähnlicher, daher widersprechender Bestandtheile machen, welches, um mich dieses Gleichnisses zu bedienen, häufig das Ansehen eines von dem Schneider im Zuschnitte verdorbenen und nachher gestückelten Kleides hat.

Da wo Cautelen und Clauseln richtig angewandt werden, gehen wir von der Vorstellung aus: es ist ein Postulat der Klugheit, die uns die besten Mittel für unsere Zwecke lehrt, unser Verhalten in

---

a) Z. B. bei der Verzicht auf die Wohlthat des Vellejanischen Rathschlusses, sofern als dadurch der gesetzlich ausgesprochenen Unfähigkeit einer Frauensperson zu Interceſſionen abgeholfen wird; (doch ist über die Zulässigkeit dieser Verzicht noch eine große Verschiedenheit der Meinungen unter den Rechtsgelehrten; Vergl. Walch contr. jur. civ. Sect. III. c. 4. m. 2. §. 3. Weber von der nat. Verbindl. §. 74. n. 14.) ferner bei der Entsagung des Einwandes der Verletzung über die Hälfte bei einem Kaufvertrag, indem dadurch die Vermuthung eines die gesetzmäßige Einwilligung hindernden Irrthums beseitigt wird. So ist die Entsagung des Einwandes der Excussion eben so viel als wenn der Bürge erklärte: der Gläubiger solle sich sofort an ihn zu halten befugt seyn.

den gegenwärtigen Umständen mit Rücksicht auf deren wahrscheinliche Folgen einzurichten. Uebrigens werden die Ausdrücke Cautelen und Clauseln öfters durcheinander und als gleichbedeutend gebraucht; sie sind dieß aber keineswegs, sondern nur sinnverwandt. Der Begriff von Cautelen ist viel allgemeiner, als der von Clauseln, indem diese nur unter dem Gattungsbegriffe jener stehen. Auch darin unterscheiden sich beide, daß Cautelen, wenn sie anders das sind, was sie seyn sollen, nämlich Vorsichtsregeln, immer nützlich sind, während dieses von den Clauseln, wenigstens wie sie von den Praktikern oft nur nach einem hergebrachten Formular, oft gedankenlos angewendet werden, nur zum Theile gilt. Mit Cautelen beschäftigt sich eigentlich diese ganze Abhandlung, indem sie die Grundsätze lehren soll, wie das wechselseitige Verkehr unter den Menschen einzurichten ist, damit daraus mit Zuverlässigkeit die beabsichteten Rechte und Verbindlichkeiten entstehen, Irrthum und Betrug dadurch vorgebeugt und künftige Streitigkeiten vermieden werden. Dagegen ist von Clauseln besonders bei Verträgen nur in diesem Absatze die Rede, indem die Grenzen ihrer Anwendbarkeit sehr beschränkt sind, mithin auch ihre Theorie kurz und einfach ist.

§. 79.

Von Cautelen besonders.

Die Cautelen gehen im Allgemeinen auf die genaue Bestimmung theils von Thatsachen, theils von deren rechtlichen Folgen. Dort handelt es sich von richtiger und vollständiger Bezeichnung dessen, was die Parteienmiteinander verabredet haben, und von desselben Beweise; hier, bei den rechtlichen

Folgen, von Bewirkung der Ueberzeugung, 1) was aus jenen thatsächlichen Bestimmungen rechtlich folgt, und 2) wiefern das, was rechtlich folgt, auch der Absicht der Interessenten gemäß ist, also daraus in der Zukunft keine Irrungen und Streitigkeiten entstehen, welches der Fall wäre, wenn ein oder beide Theile etwa andere Resultate als Folgen ihrer Verabredung anzunehmen, rechtlich veranlaßt seyn könnten. In letzterer Beziehung äussert sich also die Vorsicht vornämlich auch dadurch wirksam, daß sie für genaue Bestimmungen sorgt, wenn die Gesetze über die rechtlichen Folgen eines Geschäfts zweifelhaft sind, (bei dem jus controversum).

§. 80.

Von Clauseln besonders.

Unter Clauseln versteht man Zusätze zu einer Willensäusserung, wodurch

I) diese näher erklärt oder erweitert oder beschränkt werden soll. In letzterer Rücksicht gehören hieher die Vorbehalte (reservationes), wodurch man sich die Freiheit ausbedingt, etwas zu thun oder zu lassen, was nach der Willenserklärung sonst nicht Statt finden würde; ferner Zusätze, wodurch

II) künftigen Einwendungen entsagt werden soll, Verzichts-Clauseln (renuntiationes). Man versteht unter einer Entsagung die Erklärung, von einem Rechte keinen Gebrauch machen zu wollen. Sie heißt insonderheit Erlaß, wenn das Recht schon erworben ist, Verzicht, wenn es erst erworben werden soll. Hier ist nur von Verzichten die Rede.

Zu den Clauseln der ersten Art (auf I) gehören alle Nebenbestimmungen eines Geschäfts, sie mögen nun in einem Vorbehalt, oder einer Bedingung,

überhaupt in einer nähern Modifikation des eine Rechtserwerbung oder Veräusserung betreffenden Verhältnisses bestehen, und auf Zeit, Ort, Gelegenheit oder sonstige Modalitäten der Erfüllung gerichtet seyn. Uebertriebene Aengstlichkeit, Pedanterey und Unwissenheit haben eine Menge von Clauseln erfunden, die ganz unnütz und zwecklos sind. Enthält eine Clausel nicht weiter als was aus dem Begriffe des Geschäfts, von selbst fließt, also zu den essentialibus oder naturalibus negotii (§. 62.) gehört; so ist sie zwecklos, enthält eine bloße Tautologie und Ausdrucksüberfüllung (Pleonasmus), und setzt denjenigen, der sie dennoch gebraucht, mit Recht dem Verdacht aus, daß er nicht verstehe, was zum Geschäft gehöre. Eben dieß ist auf der andern Seite der Fall, wenn die Clausel Modifikationen enthält, welche dem Wesen des Geschäfts entgegen sind. Dergleichen unnütze Clauseln in ersterer und letzterer Beziehung sind z. B. der ohnehin gesetzliche Vorbehalt seinen letzten Willen zu ändern oder gänzlich aufzuheben; die Erwähnung der Erben ausser dem Vollmachtsvertrage (S. 119.) [um sie gleichsam durch diese Willensäusserung für Handlungen, die sie gleichwohl als Erben ohnehin zu vertreten haben, erst noch verpflichten zu wollen], und der Cessionarien, [die doch ohnedieß in des Cedenten veräusserliche Rechte treten]; die clausula rati, grati, indemnitatis bei dem Mandatum, da sie als in dem Wesen des Geschäfts liegend sich schon von selbst versteht; die Clausel: alles getreulich und ohne Gefährde; der Vorbehalt der Gewährleistung bei dem Kaufcontrakte; daß der auf eine Sache bestellte Nießbrauch mit dem Tode des Nießbrauchers aufhören solle; daß durch Ausstellung einer neuen Urkunde über eine ältere Schuld an deren Eigenschaft nichts

geändert werden, dieselbe also absque animo novandi geschehen seyn solle, da der animus novandi ausdrücklich erklärt werden muß *a*); die Clausel salvo jure tertii u. s. w. ferner die clausula derogatoria bei einem Testament, da ungeachtet derselben, und auch ohne Widerruf *b*) durch ein nachfolgendes das ältere Testament rumpirt wird; die Clausel in einem Generalvollmachtsvertrag: „wenn der Bevollmächtigte einer mehrern Gewalt bedürfte, als hierin ausgedrückt, so solle auch diese ihm ertheilt seyn", indem deren ungeachtet der Machthaber, da wo es einer Specialvollmacht bedarf, ohne diese nicht handeln kann *c*); die salvatorische Clausel bei gerichtlichen Bestätigungen *d*) u. dergl.

§. 81.

Von Verzichts-Clauseln.

Ob eine Verzichts-Clausel rechtlich zulässig, und wenn sie es ist, ob sie nützlich ist oder nicht, das hängt von der Beschaffenheit des Einwands ab, worauf verzichtet werden soll. Ist das Geschäft nach gesetzlicher Vorschrift kein Gegenstand der Privatwillkühr; (z. B. das pactum de quota litis, der commissorische Vertrag bei dem Pfande ꝛc.), so ist auch die Entsagung auf die Folgen der Uebertretung des gesetzlichen Verbots oder auf einen darin

---

a) §. 3. J. quibus modis toll. obl. L. ult. C. de novat. (VIII. 42.)

b) Wernher T. I. P. I. obs. 205.

c) Glück's Pand. Comm. V. §. 403. fine.

d) v. Trützschler's Anweisung ꝛc. I. S. 18.

begründeten Einwand vergeblich und nutzlos *a*). Ferner, gründet sich der Einwand auf einen Umstand oder ein Verhältniß, dessen Daseyn mit der Rechtsbeständigkeit des Geschäfts überhaupt nicht bestehen kann, z. B. Betrug, Zwang; so kommt es vor allem darauf an, ob dieser Umstand oder der Mangel eines nach gesetzlicher Vorschrift zur Gültigkeit eines Geschäfts nothwendigen Erfordernisses wirklich vorhanden ist, oder nicht. Im letzten Fall ist kein Einwand denkbar, mit der Ursache fällt auch die Wirkung weg, also ist auch die Entsagung zwecklos. Im ersten Fall aber, wo der den Einwand begründende Umstand wirklich eintritt, ist die Entsagung ohne Wirkung. Denn die Willenserklärung, wodurch dem Einwand entsagt wird, leidet an dem nämlichen Mangel wie das Hauptgeschäft selbst; sie ist irrig oder erzwungen; oder aber der Entsagende weiß, daß er nicht betrogen ist, er handelt ohne Zwang u. s. w., und es ist also schon um deßwillen kein Anlaß zur Entsagung vorhanden. Hier ist indessen nicht von der Entsagung oder eigentlicher dem Erlaß eines schon erworbenen Rechts die Rede. Wer aus Zwang gehandelt hat, hat das Recht erworben, die Verbindlichkeit seiner Handlung anzufechten; aber er hat auch das Recht, und kann es mit Wirkung ausüben, jenem zu entsagen, also dem der unerlaubt an ihm gehandelt hat, die Ahndung zu erlassen.

Man sieht hieraus, daß folgende allgemeine Verzichts-Clauseln, sofern sie dem Geschäfte selbst zu dessen vermeinter Aufrechthaltung, gewöhnlich gedankenlos und als eine Art von Zierrath, beigefügt wer-

---

a) Hommel Rhaps. obs. 273.

werden, ganz und gar zwecklos und unnütz sind *a*), als: der Verzicht auf den Einwand des Zwangs, der Furcht, des Irrthums, des Betrugs, der listigen Ueberredung, der Simulation *b*), daß die Sache anders verhandelt als niedergeschrieben worden (rei non sic sed aliter gestae), ingleichen der Wust der generellen Entsagung auf alle und jede Rechtswohlthaten und Freiheiten, Einreden und Behelfe. Denn es ist schon gesetzlich, daß ein allgemeiner Verzicht unkräftig ist, wenn nicht ein besonderer vorausgegangen *c*). Ist aber ein besonderer vorausgegangen, wozu sollte noch der allgemeine nützen, wenn man nicht, wie Einige sonderbar genug thun, annehmen will, daß die specielle Entsagung nur von beispielsweisen Anführungen zu verstehen sey.

§. 82.

Criterium.

Das Charakterische einer nützlichen Clausel überhaupt, sie mag in einer nähern Erklärung, in einem

---

a) Hievon gilt was Florentinus (L. 65. D. de V. O.) sagt: quae extrinsecus et nihil ad praesentem actum pertinentia adjeceris stipulationi, pro supervacuis habebuntur — veluti si dicas: *Arma virumque cano, spondeo.*

b) de Cocceji in jure contr. L. XVIII. Tit. 1. qu. 53.

c) L. 4. §. 4. D. si quis cautionibus etc. Wirklich erscheint es als die Quintessenz von Thorheit verschrobener Praktiker, wenn man auch gegen diesen Einwand der Unstatthaftigkeit eines generellen Verzichts einen Verzicht ersonnen, den Verzicht nämlich des Einwands, daß ein allgemeiner Verzicht nichts gelte. Als ob nicht dieser Verzicht eben so allgemein, und da er gegen ein verbietendes Gesetz gerichtet ist, schon um deßwillen ungültig wäre!

Vorbehalt oder Verzicht bestehen, beruht demnach darauf, daß durch selbige nur solche Bestimmungen gemacht werden, welche

1) nicht gesetzwidrig sind, d. h. nicht gegen ein Verbotsgesetz anstoßen;

2) nicht die wesentlichen Erfordernisse des Geschäfts verändern *a*);

3) nicht schon aus der Natur des Geschäfts von selbst folgen, sondern Modifikationen ausdrücken, wodurch entweder eine Verbindlichkeit verstärkt oder auch, wie bei gewissen Vorbehalten, geschwächt, oder mögliche Mißdeutungen, Einwendungen und Folgerungen, die unserer Willensmeinung zuwider sind, vorsorglich beseitigt werden.

Es müssen daher namentlich die Einwendungen, welchen entsagt werden soll, a) von der Art seyn, daß sie dem Geschäfte wirklich entgegengesetzt werden können; b) es muß ihnen wirklich und namentlich entsagt worden und c) diese Entsagung muß rechtlich zulässig seyn.

Es giebt Entsagungen, über deren Zulässigkeit, also Nützlichkeit, unter den Rechtsgelehrten Streit ist, und die eben deßhalb nicht schlechthin als nutzlos behauptet werden können, also lieber anzuwenden als wegzulassen sind, wenn sich dazu Gelegenheit giebt. Hieher gehören:

1) Die Verzicht auf die Rechtswohlthat des Moratoriums *b*);

---

a) Nur naturalia negotii können verändert werden nach der Rechtsregel provisio hominis tollit provisionem legis.

b) Daß man der Rechtswohlthat des Moratoriums entsagen könne, widersprechen a Pufendorf P. II. obs. 23. Gmelin von Aufsätzen über Verträge ꝛc. S. 40. 77. Für

2) auf den Einwand der Verjährung *a*);
3) die Begebung der ersten Instanz, des ordentlichen Prozesses, und der Rechtsmittel *b*);
4) Die Eides-Clausel. Die Controverse über die Wirksamkeit dieser Clausel ist so wichtig und einflußreich, daß sie eine etwas nähere Betrachtung verdient.

§. 83.

Von der Eides-Clausel.

Es ist ein großer, noch nicht geschlichteter Streit unter den Rechtsgelehrten, welche Wirkung der Versprechungs-Eid auf die Verbindlichkeit eines Rechtsgeschäfts habe, das entweder an sich ungültig, oder doch die völlige gerichtliche Wirkung nicht hat. Nur darüber, daß die simple Eides-Clausel, oder das dem Instrument einverleibte Versprechen: „an Eidesstatt" oder: „so wahr mir Gott helfe", „beim Worte der „ewigen Wahrheit" u. dgl. das nicht wirke, was von dem körperlich abgeleisteten Eid behauptet wird, hat man sich meist verstanden *c*), wenigstens da, wo

---

die bejahende Meinung sind: Leyser Sp. 12. m. 1. Boehmer in ex. ad pand. T. III. p. 198. Walch in controv. jur. civ. p. 785. §. VIII. (ed. IIItiae).

a) Unzulässig findet diese Entsagung Rave princ. de praescr. §. 167. p. 293. (edit. III.) A. M. sind Eichmann in notis ad hunc libr. Gmelin a. a. O. S. 42.

b) v. Trützschlers Anweis. I. S. 141. fgg. Claproth (jur. heur.) I. S. 91. (4. Aufl.)

c) Wernher T. III. P. I. obs. 26. Quistorp in den Beiträgen N. XXIV. S. 377. (der 2. Ausg.)

die Gesetze die körperliche Ableistung zur Wirksamkeit des Eides ausdrücklich fordern *a*); nicht also in Ansehung des Falles, wo ein promissorischer Eid wirklich abgeleistet worden.

Daß nach dem Vernunftrechte der Eid als ein bloß accessorisches Mittel zur Sicherung einer bestehenden rechtsbeständigen Verbindlichkeit an sich keine neue dergleichen Verbindlichkeit wirke, leidet keinen Zweifel *b*). Indessen hat der Grundsatz des canonischen Rechts: omne juramentum servandum est, quod salva salute aeterna servari potest, die Lehre begründet, daß derjenige, der sich zu einer an sich gerichtlich unwirksamen Verbindlichkeit durch einen Eid bekennt, und seinen dagegen statt findenden Einwendungen eidlich entsagt, wenigstens durch diesen seinen Eid verpflichtet werde, jene unvollkommene Verbindlichkeit anzuerkennen, vorausgesetzt, daß seine rechtliche Willkühr nicht beschränkt und sein Entschluß frei war, also daß 1) die Handlung selbst nicht wider ein Verbotsgesetz oder wider den Staat, die Religion und Ehrbarkeit geht, 2) die Rechte eines Dritten nicht beeinträchtigt werden, und 3) der Eid weder durch Betrug noch Zwang bewirkt worden.

Das römische Recht ist hier dem Naturrechte getreu geblieben; denn auch nach demselben wird ein

---

Malblanc doctr. de jurejur. L. V. C. I. §. 118. n. 171. Doch legt Stryk in CC. Sect. I. cap. 5. §. 17. u. II. 6. §. 5. dem Ausdrucke: „So wahr mir Gott helfe!“ die Wirkung des wirklichen Eides bei; ingleichen Berger in oec. juris L. III. Tit. 15. §. 15. n. 8.

a) Mev. P. I. Decis. 146.

b) Treffliches hat hierüber und über die ganze Materie gesprochen A. D. Weber von der natürl. Verbindlichkeit. X. Abschn. §. 118 fgg. S. 516 fgg. (3. Ausg.)

an sich ungültiges Geschäft durch den hinzugekommenen Eid nicht gültig *a*). Dagegen hat Kaiser Friederich I. in avth. Sacramenta puberum C. si adv. vendit. (II. 28.) festgesetzt, daß ein von einem Minderjährigen (nicht Unmündigen) eingegangener, und von ihm durch einen Eid freiwillig bekräftigter Vertrag unwiderruflich sey und die Restitution ausschließe, soweit dem Vertrag kein anderes Hinderniß, als das des mangelnden Alters entgegenstehe. Das canonische Recht erwähnt ausdrücklich nur zweier Fälle, wo ein ungültiges Geschäft durch den Eid gültig werden soll: a) der Einwilligung einer Ehefrau in die sonst ungültige Veräusserung des Brautschatzes oder der donatio propter nuptias *b*); b) der Entsagung einer Tochter auf die väterliche Erbschaft nach Empfang des Brautschatzes *c*). Dennoch haben die Rechtslehrer diese gesetzlichen Verordnungen wider ihren klaren Inhalt nach einer vermeinten analogischen Erklärung, übrigens keineswegs im Einverständnisse mit einander, auch noch auf mehrere andere Fälle ausgedehnt *d*). Allein abgesehen davon, daß sich die Meinungen dießfalls noch nicht vereinigt haben, so ist man bis auf diesen Tag selbst über die Grundsätze der im übrigen nur zu deutlichen Fridericianischen Avthentika bei weiten noch nicht einig, und es herrschen noch sehr verschiedene Ansichten darüber, ob nämlich nur

---

a) L. 7. §. 16. D. de pactis:
L. 5. §. 1. C. de legibus (1. 14.)

b) c. 28. X. de jurejur.

c) c. 2. de pactis in 6to.

d) Diese Fälle hat Malblanc l. c. §. 118. angeführt. Man vergl. auch Weber a. a. O. S. 531.

die an sich rechtsverbindlichen und bloß wegen Mangels des Alters und wegen des Zustandes als Pflegebefohlner gerichtlich unwirksamen Verträge und sonstigen Geschäfte eines Minderjährigen durch den Eid eine Verbindlichkeit erhalten, oder auch an sich ungültige, oder mit andern Worten: ob bloß die aus Rücksicht für gewisse Personen gesetzlich unverbindlich erklärten (relativ unverbindlichen) Geschäfte durch den Eid verbindliche Kraft erhalten, oder auch solche, welche überhaupt ungültig sind. Allerdings würde der größte Theil des Streits unnöthig geworden seyn, wenn man sich über die Präjudicialfrage hätte vergleichen können: ob in der Materie vom Eide das römische oder das canonische Recht den Vorrang behaupte. Befremden darf es übrigens nicht, wenn bei Gesetzen, welche so auffallend den Grundbegriffen des Rechts widerstreben, die Ausleger sich den Kopf zerbrechen. Man schämt sich, die Mißgeburt als zur Familie gehörig, anzuerkennen, und kann sie doch nicht verleugnen. Man sucht sie daher, so gut als es geht, aufzuputzen, um den Anstoß daran wenigstens etwas zu vermindern. Die Zweckmäßigkeit jener gesetzlichen Bestimmungen hat noch keiner gezeigt, und wird sie auch wohl niemand zeigen, und wer unter den mehr oder weniger in ihren Ansichten abweichenden Rechtslehrern die Namen: Voet *a*), Stryk *b*), Lauterbach *c*), S. v.

---

a) ad tit. pand. de minor. (IV. 4.) n. 46 sqq.

b) in V. M. L. 14. Tit. 6. §. 13. und in caut. contr. Sect. I. cap. 2. §. 22. cap. 5. §. 17. Sect. II. c. 6. §. 5.

c) in coll. theor. pract. ad tit. pand. de SCto Maced. (14. 6.) §. XXVII.

Cocceji *a*), Leyser *b*), J. H. Böhmer *c*), v. Wernher *d*), v. Pufendorf *e*), Glück *f*), Quistorp *g*), Malblanc *h*), Weber *i*), v. Berg *k*) findet, wird wohl nicht weiter versucht werden nach der Quadratur des Zirkels zu suchen. Dagegen wird man der preußischen Gesetzgebung *l*) Beifall geben, daß sie verordnet hat: „durch eidliche Bestärkung erhält kein Vertrag mehrere Kraft, als ihm „die Gesetze schon an sich beilegen". Auch dem österreichischen und französischen Gesetzbuche ist jene legislative Abnormität fremd.

§. 84.

Schlüßliche Bemerkungen.

Daß man mit nutzlosen Clauseln nicht Zeit und Papier verschwenden soll, davon ist jeder überzeugt. Aber nicht jeder, dessen Sache vor Gericht verhandelt wird, weiß oder glaubt, daß eine Clausel oder Entsagung, die der Richter für unnütz hält, ihm

---

a) in I. C. civ. Lib. IV. Tit. 4. qu. 19. 20.

b) Spec. 134. 135. 345.

c) in I. E. P. L. II. Tit. 24.

d) Vol. I. part. 1. obs. 217.

e) Tom. II. obs. 171.

f) Pand. Comm. V. S. 556. u. I. §. 79.

g) in den Beiträgen n. XXIV. S. 370. LIII. S. 816. (der 2. Aufl.)

h) a. a. O.

i) a. a. O.

k) jur. Beob. u. R. F. I. Th. n. XXVIII. S. 332.

l) A. L. R. I. Tit. 5. §. 199. II. Tit. 20. §. 1425 fgg.

wirklich nicht Vortheil, oder deren Weglassung keinen Schaden bringt. Hier muß man um der Schwachen willen schon eine Ausnahme machen, und wenn der Capitalist unserm Gerichtsuntergebenen nicht anders sein Geld leihen will, als wenn jene nutzlose Clausel dem Instrument einverleibt werden, nicht eigensinnig seyn. Wenn man will, kann man ja auch bemerken, daß der N. auf ausdrückliches Verlangen des N. den Einwendungen und Rechtsbehelfen, daß ꝛc. ꝛc. entsage.

Daß der Concipient eines Vertragsinstruments sich wegen der Clauseln und Verzichte keine Willkühr erlauben dürfe, davon war schon oben (§. 77. und remissiv) die Rede. Sie gehören schlechthin zu den Rechten der Parteien und namentlich erfordern Verzichte Belehrung, besonders bei denjenigen, die das Privilegium der Rechtsunwissenheit haben. Vornehmlich ist dieß bei Frauenspersonen der Fall, wenn sie eine fremde Verbindlichkeit übernehmen, also ihren Rechtswohlthaten entsagen *a*). Ueberhaupt muß es Sorge des Richters seyn, daß niemand sich selbst über die Folgen einer Erklärung täusche, und dieß ist besonders da nothwendig, wo nach dem Stand und Benehmen des Erklärenden ein Verdacht entsteht, daß er von den Folgen seiner Handlung keine richtige Vorstellung habe, welches meistens also der Fall seyn wird, wo besondere Rechts- und Geschäftskenntnisse vorausgesetzt werden müssen. Daß Belehrungen in einer gemeinverständlichen Sprache abzufassen seyen, würde kaum zu erinnern nöthig seyn, wenn man nicht aus Erfahrung wüßte, wie häufig hier gefehlt wird. Selbst das Deutsch mancher Ge-

---

a) Ein Formular einer dergleichen Certioration s. Beil. Lit. L.

richtspersonen ist hier nicht deutsch. Da diese Belehrung übrigens nicht vermuthet wird, so muß, daß und wie sie geschehen zu Protokoll niedergeschrieben werden.

Verzichte bedürfen übrigens keiner Acceptation *a*).

CC. Von dem richterlichen Anleitungsamte bei Rechtsgeschäften.

§. 85.

Zusammenhang; allgemeine Betrachtungen.

Die Einwilligung der Contrahenten und die in ihrer freien Ueberzeugung gegründeten Motive dieser Einwilligung sind und bleiben das Wesen der innern Form eines Vertrags und eines jeden andern Rechtsgeschäfts. Wollten und könnten wir indessen diese Geschäfte bis zu deren Beginnen rückwärts verfolgen, so würden wir bei manchem derselben finden, daß es nicht die eigene Thätigkeit der Interessenten war, die das Ganze mit allen seinen Modifikationen so gewirkt hat, wie es nunmehr vollendet dasteht. Manches dergleichen Geschäft, welches uns als das reine Resultat der unabhängigen Willensbestimmung der Betheiligten erscheint (und in gewisser Beziehung auch ganz mit Recht, sofern nämlich als auch fremder Rath ein Willensbestimmungsgrund wird für den, welcher ihn gesucht, als zweckmäßig anerkannt und darum befolgt hat), stellt sich in seinen genetischen Verhältnissen betrachtet als Wirkung eines Einflusses dar, den der Richter geltend gemacht hat, indem er bei der Eingehung des Rechtsgeschäfts nach dem

---

a) Claproth jprd. heur. I. S. 88.
Hommel in Rhaps. obs. 11.

Verlangen der Parteien rathend und technisch leitend wirksam war. So ist jene Disposition, wodurch der Sohn im väterlichen Testament aus guter Absicht enterbt wird, und deren Modifikationen zwar das Werk des freien Entschlusses des Vaters, dieser Entschluß aber durch den guten Rath gewirkt, den der Richter dem um das künftige Schicksal seines ausschweifenden und verschwenderischen Sohnes bekümmerten Vater ertheilte, der sich nicht selbst zu rathen wußte, und daher zu jenes Einsichten seine Zuflucht nahm. Hier erkennen wir eine Art von curatorischer Fürsorge, welcher sich der Rechts- und Geschäftsunerfahrne besonders aus den niedern Ständen (und mit diesen haben wir es hier ja vornämlich zu thun) vertrauensvoll hingiebt. Er will ein gewisses Rechtsgeschäft eingehen, weiß es aber nicht zweckmäßig anzugreifen, kennt dessen rechtliche Erfordernisse nicht; oder er ist noch nicht einmal wegen eines bestimmten Rechtsgeschäfts mit sich einig, ist sich nur des Bedürfnisses einer Veränderung in seiner Rechtslage deutlich bewußt, nicht der Mittel, wie er es anzufangen habe, dieses Bedürfniß zu befriedigen. In dieser Verlegenheit wendet er sich, wie oben schon (§. 76.) bemerkt worden, an den ihm zunächst vorgesetzten Richteramts-Beamteten, im Glauben, daß derselbe ihm sagen könne, und im Vertrauen, daß er ihm sagen werde, wie die Sache zum Besten zu machen sey. Diesem Zustande der Hülflosigkeit entspricht nun eine besondere Obliegenheit des Richters, die ich mit dem Ausdrucke des Anleitungsamts passend bezeichnen zu können glaube, und welche von jener freiwillig anerkannten curatorischen Fürsorge ausgehend vornämlich im nichtstreitigen Verfahren sich äussert. Diese Obliegenheit, deren zweckmäßige Erfüllung eben

sowohl durch Geschäftskenntniß in Theorie und Praxis, als durch Geschäftstugenden bedingt ist, besteht

in der Fürsorge für die zweckmäßige Initiative, es sey nun eines gegebenen Rechtsgeschäfts, oder auch überhaupt, und abgesehen von einem bestimmten Geschäft, einer in dem Rechtszustande der Betheiligten vorzunehmenden Veränderung.

Da diese Obliegenheit unter allen übrigen, welche der Richter im nichtstreitigen Verfahren auf sich hat, in der That nicht die letzte ist, so verdient sie wohl eine etwas umständlichere Betrachtung. Es kommt nämlich hierbei auf die Untersuchung der Frage an: ob und wie soll der Richter bei den Rechtsgeschäften unerfahrner Parteien initiativisch thätig werden, ohne den Vorwurf des Zuwenig oder des Zuviel im Interesse für das Wohl dieser Betheiligten zu verdienen, also entweder deren Vertrauen durch eine gleichgültige Behandlung zu täuschen, oder durch ungeeignete Anmassung zu mißbrauchen?

§. 86.

Fortsetzung.

Daß es nicht immer, ja, was die rechts- und geschäftsunerfahrne Mehrzahl der besonders bei den Untergerichten handelnden Parteien anlangt, daß es nur ausnahmsweise vollendete Rechtsgeschäfte sind, womit die Interessenten vor Gericht kommen, und die Gerichte zur Thätigkeit im nichtstreitigen Verfahren veranlassen, das weiß ein jeder, der nur wenige Wochen die Untergerichtspraxis beobachtet hat. Oft ist es erst noch ein bloß präparatorisches Geschäft; man will einen Einkindschaftsvertrag errichten, ist aber über die Bedingungen und Festsetzungen noch nicht

einig, weiß nicht, wiefern diese oder jene Anordnung rechtlich zulässig sey oder nicht. Oft ist es bloß erst noch der Ausdruck eines nur seiner Tendenz, nicht seinen Modifikationen nach bestimmten Verlangens, womit sich der Betheiligte an den Richter wendet, und von demselben Rath und Anleitung sich erbittet. Die Wittwe Tullia will wieder heirathen. Sie und der Wittwer, dem sie das Jawort gegeben, haben jedes ein Kind; die Vermögensumstände sind ziemlich gleich. Hier könnte es nach den Umständen wohl kommen, daß der Richter den, wegen zweckmäßiger Regulirung der ehelichen Vermögens und Erbrechte seinen Rath sich erbittenden Interessenten einen Einkindschaftsvertrag vorschlüge, und daß diese den Vorschlag annehmbar fänden. — „Wie habe ich es „anzufangen, daß ꝛc. oder was habe ich zu thun, „um meine Absicht ꝛc. zu erreichen; — — das wird „am besten so geschehen ꝛc. oder das wollen wir „überlegen" ꝛc. — Dieß sind gewöhnlich die Formeln, womit diese Verhandlung beginnt.

Groß und mannigfaltig sind die Verdienste, die sich der Richter hier um das häusliche und Familienwohl seiner Amtsbefohlnen erwerben kann; unzählige Unruhen, Irrungen und Prozesse werden hier oft in ihrem Entstehen unterdrückt. Cajus sieht sich von seinen Gläubigern gedrängt; schon mehrere haben ihn verklagt, mehrere noch werden losbrechen, wenn jene die Execution impetriren. Und doch ist der Schuldner in dem Augenblick aus einem Zusammenflusse widriger Umstände und eben aus dem Grunde, weil sie alle zugleich befriedigt seyn wollen, unvermögend, sie alle klaglos zu stellen. Wenn sie nur etwas warten wollten; aber sowie die Sache sich anläßt, wo jeder nur allein mit seinen Ansprüchen auftritt, wird es, fürchte ich zum Concurse kommen. — In dieser Noth

wendet sich Cajus nun vertrauensvoll an den Richter; aber in seiner Unerfahrenheit weiß er nur sein Anliegen auszudrücken, keine angemessenen Vorschläge zu machen. Besäße er die nöthige Geschäftsgewandtheit, oder wäre er durch einen Sachwalter berathen; so würde er sein Gesuch durch Vorlegung eines förmlichen Aktiv- und Passiv-Status und Zahlungsplans substantiiren und den Richter in den Stand setzen, ohne weiters das geeignete Verfahren mit den Gläubigern anzugehen. Allein hier muß der Richter sogar dem ganzen Antrag erst die gehörige Form geben; er muß erst mittelst einer vielleicht mühsamen Information herausbringen, wie der Schuldner allerdings noch hinlängliche Mittel habe, wie und mit welchen öconomischen Einrichtungen selbige etwa flüssig zu machen oder in den ordentlich nutzbaren Gang zu bringen; wie also der Schuldner unbeschadet seiner eignen Aufrechthaltung und der Sicherheit seiner Gläubiger billige Zahlungsvorschläge machen könne, und wie sich die gegenseitigen Interessen zur Beruhigung Aller identificiren lassen mögen. So ist denn der ganze Antrag mit seinen Modalitäten und Motiven das Werk nicht des im Protokoll als redend und vorschlagend aufgeführten Cajus, sondern des Richters. Und siehe da, der Zahlungsvergleich kommt zu allerseitiger Zufriedenheit glücklich zu Stande, und dieß mittelst des Einflusses, den der Richter nicht bloß während der Verhandlung mit den Gläubigern, sondern schon bei der ersten Einleitung des Geschäfts geltend gemacht hat. Hier wird also kein aussergerichtlich schon zur Richtigkeit gekommenes Geschäft der richterlichen Prüfung und Bestätigung unterstellt; hier keimt, wächst und reift so zu reden das Geschäft in den Hallen des Gerichtshofes unter der Pflege des Richters. Dieser muß dem Geschäft

gleichsam erst eine Stellung und Richtung geben, nach welcher es zum Ziele der juristischen Vollendung fortschreitet. Oft gebührt dem Richter sogar das Verdienst der Erfindung, der ersten Idee, wie dort bei der Heirath der Tullia.

§. 87.

Nothwendigkeit dieser Verwendung des Richters.

So wie bei der Betretung des Rechtsweges in streitigen Fällen die bloße Willkühr eines Rechtsunerfahrnen nicht hinreicht, oder wenigstens nur ausnahmsweise, um den bezielten Erfolg zu gewähren; sowie hier nach Regeln der Kunst durch die Wahl und Anstellung der für den gegebenen Rechtsfall eigens passenden Klage dem Verfahren die zweckmäßige Initiative gegeben werden muß; sowie es also hier nicht genug ist, sich nur des nächsten Klagegrundes im allgemeinen bewußt zu seyn, sondern auch der entferntere, und wenn deren mehrere anschlagen, der stringenteste erkannt werden muß: eben so treten im nichtstreitigen Rechtsverfahren Fälle ein, wo die Parteien nur von der Nothwendigkeit einer Veränderung in ihrer Rechtslage (wie im streitigen Prozesse von ihrem Rechte) nicht aber von den Mitteln zum Zwecke (wie von der Begründung jenes vor Gericht zu verfolgenden Rechts — fundamentum agendi remotum —) deutliche Vorstellungen haben. Es bedarf einer kunsterfahrnen Wahl und Benützung der geeigneten Mittel, ohne welche die Betheiligten eben so wenig zum Zwecke gelangen würden, als sie bei der Anstellung einer ungeschickten Klage den Prozeß zu gewinnen sich sichere Rechnung machen dürften.

Man hat es hier nicht bloß mit jener allgemeinen, mehr oder weniger bei jeder freiwilligen Gerichtshandlung nöthig werdenden Fürsorge des Richters für die Beobachtung der Form und den Rechtspunkt überhaupt zu thun. Es gilt einer eigenthümlich fürsorgenden Thätigkeit des darum implorirten Richters selbst für die materiellen Festsetzungen und Anordnungen der Geschäfts-Interessenten, versteht sich mit deren voller Freiheit, von der richterlichen Leitung Gebrauch zu machen oder nicht. (Vergl. das oben Seite 28. Gesagte.)

Gewisse Geschäfte sind übrigens schon ihrer Natur nach so beschaffen, daß sie eine kunstmäßige Einleitung und Behandlung voraussetzen, und daß es dabei auch auf Aeusserungen der richterlichen Entscheidungsbefugniß ankommt, gewissermassen wenigstens. Man denke sich eine Erbtheilung oder andere Gemeinschafts-Auseinandersetzung, welcher wohl nur selten ein Geschäftsunerfahrner gewachsen ist *a*). Sofern als eine dergleichen Auseinandersetzung das Produkt der Entwickelung faktischer Verhältnisse und rechtlicher Reflexionen ist, und also der Richter öfters beinahe in der nämlichen Stellung zu den Parteien erscheint, wie im streitigen Prozesse, stellt sie sich ohnehin als ein Geschäft einer, der reinen Privatwillkühr überlegenen Thätigkeit dar. Hier würde auch sofort das

---

a) Ich weiß aus langer Erfahrung, daß dergleichen von den Privaten auf eigene Faust unternommene Auseinandersetzungen oft nicht nur keinen erwünschten Fortgang nehmen, sondern nicht selten sogar zu Verwirrungen und nachherigen Prozessen dadurch Anlaß gegeben wird. Abgesehen von dem Mangel an Uebung in Geschäften dieser Art ist ihnen schon ihr eigenes Interesse an einer gedeihlichen Thätigkeit hinderlich.

streitige Verfahren (auf den Grund der Theilungsklagen — familiae herciscundae, communi dividundo, finium regundorum —) eintreten, wenn überhaupt ein Theil sich der Auseinandersetzung selbst weigerte. Allein daß getheilt, daß die Grenze berichtigt werde, darüber ist ein Streit eben nicht sehr praktisch; nur das Wie ist es, worüber man verschiedener Meinung zu seyn pflegt. Und gerade hier ist es, wo gewöhnlich beide Theile den vermittelnden Zwischentritt eines Dritten als wünschenswerth erkennen, nämlich des Richters.

§. 88.

Das richterliche Anleitungsamt bei Vermittelungen von Streitigkeiten.

Daß es vornehmlich der Richter ist, den die Parteien zur Abwendung oder Beendigung von Streitigkeiten als Vermittler angehen, und dieß in dem Grade mehr, als sie nicht durch die Scheu vor Sporteln abgehalten werden, das liegt in der Natur seiner Stellung zu ihnen und seiner Wirksamkeit. Er ist es, an welchen die Sache am Ende doch zur förmlichen Entscheidung kommt a), und es ist also mit seiner vorläufigen Information auch schon für diesen Fall gewonnen. Aber seine Vorschläge und Anordnungen haben auch die Idee des Nothwendigen für sich, dem man sich nicht nach bloßer Willkühr und Laune, wie einer gewöhnlichen Mittelsperson gegenüber, entziehen kann; denn er ist Repräsentant

---

a) Vorausgesetzt, daß die streitige und nichtstreitige Gerichtsbarkeit von einer und der nämlichen Richteramtsbehörde ressortirt.

sentant einer höhern Gewalt. Seine Einschreitungen gewinnen daher durch diese Vorstellung an Bestimmtheit und Festigkeit, wozu aber auch noch das Vertrauen auf seine pflichtmäßige Unparteilichkeit kommt, ein Vorzug, dessen ein gewöhnlicher Vermittler schon entbehrt.

Man kann wohl nur nach seltenen Ausnahmen annehmen, daß jemand lieber prozessirt als sich vergleicht, besonders ehe es noch zur Klage gekommen ist. Dieß ist vorzüglich der Fall bei Personen aus den untern Ständen, und es kommt dieß auf Rechnung ihrer Abneigung gegen Formalitäten und überhaupt gegen alles, was sie in ihrer gewöhnlichen Beschäftigung hindert. Bei ihrer Unbekanntschaft mit den Regeln des Verfahrens, überhaupt mit dem Gange der Geschäfte, und bei den daraus entstehenden Zweifeln und Bedenklichkeiten ist eine lange andauernde Ungewißheit ihnen vollends unerträglich. Mit der Vorstellung einer rechtlichen Nothwendigkeit beschwichtigt der Bauer nur selten das Vorurtheil einer willkührlichen Formenhäufung §. 26. n. 11). Die geschiedenen Eheleute sind herzlich froh, daß sie einmal von einander sind; daß sie auch noch einen förmlichen Vermögens-Scheidungs-Prozeß durchfechten sollen, damit söhnen sie sich höchstens nur so aus, wie mit einem unvermeidlichen Uebel. Der Richter darf es also ja nicht sofort als eine Anmeldung zu einer Vermögens-Separationsklage ansehen, wenn eines von den geschiedenen Eheleuten nach rechtskräftigem Ehescheidungs-Erkenntniß den Antrag auf Vermögens-Auseinandersetzung macht. Ueberhaupt fühlt, wie schon gesagt worden, in diesem und hundert ähnlichen Fällen der gemeine, rechts- und geschäftsunerfahrne Mann bloß das Bedürfniß der Veränderung seiner dermaligen rechtlichen

Lage. Er wendet sich deßhalb an seinen vorgesetzten Beamten, erwartend, daß dieser ihm Mittel und Wege für seinen Zweck zeigen werde, ohngefähr so wie er diesem in einem Gegenstande des Ackerbaues oder der Gewerbe nützlichen Rath geben würde, wenn sich derselbe an ihn wendete. — In jener ehelichen Vermögens-Separationssache, wo (ich setze dieß nämlich als geschehen voraus) man sofort einen Prozeß eingeleitet hat, hätte es bei einer zweckmäßigen Verwendung des richterlichen Amts dessen wohl nicht bedurft. Auch war es dieses keineswegs, was die geschiedene Frau beabsichtete, als sie vor Gericht kam und den Justizamtmann ersuchte, er möge nun eben dafür Sorge tragen, daß sie mit ihrem gewesenen Mann wegen ihres Eingebrachten ꝛc. vollends auseinandergesetzt würde. Ich an seiner Statt hätte beide Ehegatten und einige ihrer nächsten Verwandten vorkommen lassen, hätte mich erst durch Unterredung informirt, was sie von einander verlangen; hätte mir ihre Ehepakten vorlegen, ihr wechselseitiges Eingebrachtes, ferner die Data zur vorläufig ohngefähren Errungenschafts- oder Einbuße-Berechnung angeben lassen, und dann gehört, was Eines dem Andern in Güte zu bewilligen bereit wäre. Gesetzt nun auch, es wären mehrere streitige Punkte vorhanden, und darüber eine Vereinigung nicht zu erzielen gewesen; so war es ja noch immer Zeit genug, den Rechtsweg einzuleiten, und zwar jetzt mit Absonderung der unbestrittenen Punkte sogleich auf die streitigen allein, wodurch das Prozeßverfahren offenbar schon an Vereinfachung gewonnen haben würde. Vielleicht hätte sich es aber nur von minder bedeutenden Differenzpunkten gehandelt, und dann würde die von dem amtlichen Vermittler, mit wohlmeinendem Ernste vorgehaltene Alternative: entweder heute schon mit ei-

nem, doch noch ungewissen Opfer gänzlich auseinandergesetzt, oder länger noch in einem kostspieligen Absonderungs-Prozesse herumgezogen zu werden, wahrscheinlich den Zweck nicht verfehlt haben, und auf jeden Fall — wäre ja nichts verloren gewesen. Dieß ist bei so vielen Irrungen, vornämlich bei den s. g. judiciis divisoriis der Fall. Es braucht nur einer zweckmäßigen Einleitung, einer sachgemäßen Verwendung eines theilnehmenden Richters, und weitaussehende Prozesse werden oft zur allerseitigen Zufriedenheit im Entstehen abgethan, statt daß, wie es leider so häufig geschieht, die Parteien ohne eigentlich recht zu wissen wie, in einen Prozeß gezogen werden.

Wo sich der gemeine Mann noch in seiner natürlichen Einfalt und glücklichen Unbekanntschaft mit den Händeln und Umtrieben vor Gericht befindet, unterscheidet er sorgsam (und das ist ihm nicht zu verdenken, denn es kostet ihm Geld und Ruhe!) einen einfachen s. g. Klag- und Verhörshandel (summarischen Rechtsstreit) und — einen Prozeß. Wenn er mit seiner Klage die Schwelle des Gerichtszimmers betritt, so denkt er nur an die Hülfe, nicht an die Mittel zu diesem seinem Zwecke; das glaubt er könne durch ein einfaches Verhör, eine kurze Auseinandersetzung geschehen, und es brauche da weiter keiner Weitläufigkeiten. Schon mehr als einmal ist mir vorgekommen, daß ein solcher Klaghandel bereits bis zum Probatorium instruirt war, als der Bauer, der denn doch nachgerade bedenklich wurde, erst die Besorgniß äusserte: wenn es eben nur nicht zu einem Prozeß komme! Hier ist einer von den vielen Fällen, wo das in verbis simus faciles als eine schädliche Maxime erscheint. Die Ausdrücke: Irrungen und Streitigkeiten werden häufig

für gleichbedeutend genommen; sehr mit Unrecht. Denn wir verkümmern uns damit gleichsam von vorn herein die Hoffnung, jene Irrungen, als auf bloßen Mißverständnissen beruhend, durch zweckmäßige Aufklärung dieser zu heben, ehe daraus Streit entsteht.

Von fünf Prozessen ließen sich vielleicht vier im Entstehen unterdrücken, ehe durch die Dazwischenkunft übler Rathgeber und derer, die vom Prozeßführen für Andere leben, das Feuer erst angefacht wird. A hat an B ein Gut verkauft; sie sind durchaus und bis auf eine unbedeutende Irrung über einige Inventarienstücke in Richtigkeit mit einander; werden sie nicht wünschen, diese Irrung in Güte beigelegt zu sehen? Sie sehnen sich vielleicht nach einer unbefangenen Vermittelung, da sie einander nicht vervortheilen wollen, jeder aber seine Meinung für die richtige hält, und nur von sich selbst einen Irrthum zuzugestehen gewissermassen für einen Ehrenpunkt ansieht. — C ist dem D ein Kapital schuldig, das er jetzt heimzahlen soll; er vertröstet den Gläubiger auf seine älterliche Erbschaft, deren Regulirung nächstens beendigt seyn wird. Wahrscheinlich ist D bei gehöriger Verständigung von Seiten des jene Erbschaftssache etwa bearbeitenden Richters: „daß er durch eine „übereilt angestellte Klage doch nicht geschwinder zu „seinem Gelde komme, dagegen bei diesen oder jenen „Versicherungs-Modalitäten wohl noch etwas war„ten könne" zur gewünschten Nachsicht wohl zu bewegen. — E fordert von seinem Schwiegervater das Heirathsgut, weil er das angekaufte Haus bezahlen soll, weßhalb er von seinem Verkäufer F gedrängt wird. Der Schwiegervater ist aber in gleicher Verlegenheit, wie der E; auch ihm gehen die nöthigen Gelder nicht promt ein. Wird der Weg des

Prozesses diese Verkettung momentaner Zahlungshindernisse geschwinder auflösen, als eine gütliche Ausgleichung und Verständigung unter allen Interessenten, die durch die richterliche Verwendung bewirkt wird? — G und H sind wegen ihrer Grenzen verschiedener Meinung; J kann sich mit seinem Verpächter wegen einer Remissionsforderung nicht einigen. Keiner von diesen will es gerade auf den richterlichen Ausspruch im Wege des Prozesses ankommen lassen, sie denken, wie man sagt, beiderseits billig, und so würden sie denn auch einem billigen Vermittler gern die Hand bieten u. s. w. — In allen diesen und tausend ähnlichen Fällen entstehen Prozesse, welche die Ruhe ganzer Familien stören, denen aber durch zweckmäßige Einschreitung des Richters vorgebeugt werden kann, wenn er die Kunst versteht und anwenden will, die widerstrebenden Interessen zu vereinigen und — zweckmäßige und reelle Begütigungsmittel an die Hand zu geben, wenn er guten Rath ertheilen und zu dessen Befolgung selbst thätig mitwirken will, als ein wohlmeinender und verständiger Freund aller Betheiligten. Denn das muß er freilich; Mittel muß er an die Hand geben, denn sonst würde seine Bemühung wohl in den meisten Fällen eben so fruchtlos seyn, als wenn man den Prediger zur Hebung dieser Meinungsverschiedenheit beiziehen und mit moralischen Gemeinplätzen die Gemüther der Betheiligten beruhigen wollte, die weniger durch die Macht der Leidenschaft als durch den Drang des Bedürfnisses bewegt sind. Sehr mit Unrecht macht man daher den Parteien in dergleichen Fällen öfters den Vorwurf, daß sie unbedeutsam seyen, sich nicht verständigen ließen. Wollten wir uns doch fragen, ob das, was wir ihnen vorschlagen, auch annehmlich ist; ob wir nicht Unbilliges von

ihnen fordern? — Es ist doch wohl nicht billig, einem Gläubiger zuzumuthen, seinem Schuldner Nachsicht zu geben, wenn wir ihm nicht zugleich den Weg zeigen können, auf welchem er es unbeschadet seiner Sicherheit thun kann; ferner wenn er durch diese Nachsicht selbst in eine Verlegenheit in seinem ökonomischen Zustande kommt, die leicht eben so groß seyn kann, als die des Schuldners, dem er ein Opfer bringen soll.

§. 89.

Das richterliche Anleitungsamt auser dem Fall einer Streitvermittelung.

Wir haben bisher den Fall betrachtet, wo unter mehrern Interessenten collidirende Rechtsverhältnisse und eine mehr oder weniger zum Prozesse sich neigende Meinungsverschiedenheit entstanden, und wo es also auf Anwendung des Vermittelungsamts und auf ein Nachlassen an, wenn auch nur vermeintlich wohlerworbenen Rechten ankommt. Aber auch abgesehen von der richterlichen Thätigkeit beim Vergleichsstiften, tritt die geschäftsinitiative Wirksamkeit des Richters, oder sein Anleitungsamt in dem nichtstreitigen Verfahren ein, so oft es überhaupt der implorirten Fürsorge für einen Rechts- und Geschäftsunerfahrnen gilt, der nur die Nothwendigkeit nicht die zweckmäßigen Mittel der Veränderung seines Rechtszustandes kennt, und darum an den Richter sich wendet. Eine Heirath, wobei die Interessen von Kindern aus verschiedenen Ehen zu berücksichtigen und zu reguliren sind; eine beabsichtete Güterzertrümmerung zum Zwecke besserer Arrondirung mit Berücksichtigung betheiligter Gläubiger; ein Dominikal-

Rentenablösungs-Unternehmen; die Realisirung mancher Hypothekengeschäfte (vergl. S. 182.) u. dergl. — können Veranlassung zu der geschäftseinleitenden Thätigkeit des richterlichen Amts werden, ohne daß es eigentlich auf eine Streitvermittelung ankommt. Hier kann man in der That oft noch mehr Schwierigkeiten in der Auswahl der Mittel zum Zwecke finden, als da, wo gegenseitige Interessen sich begegnen, deren Reibung gewissermassen die Erfindungskraft elektrisirt. Durch die lebhaftere Behandlung der Sache von verschiedenen Betheiligten werden oft Ideen hervorgelockt, die bei einem einseitig, also der Natur der Sache nach schon kälter behandelten Geschäfte wohl noch länger geschlummert hätten, vielleicht gar nie erwacht wären. Diese reinwillkührlichen Geschäfte sind also keineswegs die leichtesten bei der Geltendmachung des richterlichen Anleitungsamts. Es kommt nicht auf bloße Formen, es kommt auf materielle Kenntnisse, auf mannigfaltige Erfahrungen, auf Scharfsinn und Umsicht an, um dem Hülfsbedürftigen zweckmäßig zu rathen und zu helfen, und das Vertrauen desselben, womit er sich seinem vorgesetzten Beamten näherte: es werde dieser die Sache zum besten machen, nicht zu täuschen. — Der Bauer Leidhart besitzt eine Wiese an dem Regnizflusse, an der sich bei dem Eisgang im letzten Winter ein beträchtlicher Wasserriß ergeben hat, welcher immer größer zu werden, und endlich, wenn nicht bald Hülfe geschafft wird, der ganzen Wiese den Untergang droht. Die Herstellung erfordert aber einen Aufwand von mehrern Hundert Gulden, und der Bauer hat schon so viele Hypothekenschulden auf sich, daß er keinen Credit mehr zu finden weiß. In seiner Noth wendet er sich an den Landrichter; er meint, dieser solle sich bei der höchsten

Stelle um eine Unterstützung zu seinem Wasser-Bauvorhaben verwenden, oder wenigstens ihm ein Attest über seine traurigen Umstände ertheilen, um darauf milde Unterstützungsbeiträge zu sammeln. — Wir wollen überlegen, was zu thun ist; aber vorläufig schon will uns der Vorschlag des Bauers nicht gefallen. Wir fahren einstweilen in unserer Betrachtung fort.

Soll der Richter dem ehrenvollen Vertrauen, das der Rechtsunerfahrne in ihn setzt, würdig entsprechen, so muß er nicht allein helfen wollen, also von moralischer Seite betrachtet, ein Mann von menschenfreundlichem Herzen seyn: er muß auch zu helfen wissen, also in Beziehung auf seine Fähigkeiten Theorie mit Geschäftsgewandtheit, Rechtskenntniß mit Erfahrung und praktischer Taktfestigkeit verbinden; er muß mit einem Wort ein tüchtiger, praktischer Jurist seyn. Diese Eigenschaft ist es aber nun freilich gerade, die, bei dem besten Willen übrigens, so vielen Geschäftsmännern fehlt. Darum wissen sie es nicht anzugreifen. Mögen sie sich noch so sehr zermartern, alle ihre Collegienhefte und Formularbücher durchblättern; sie finden keinen Trost, nichts als Bäume und keinen Wald; — den casum in terminis finden sie eben nicht! Was, nach dem obigen Beispiele, ein Bauer zu thun hat, um einen Wasserriß wieder herzustellen, wenn er dazu kein Geld hat, und wegen vieler Schulden keinen Credit findet, gerade das steht nicht darin. Es wird also der ganze gelehrte Plunder in die Ecke geworfen und vielleicht der Vorschlag — des Bauers als guter Rath erklärt. Hätte man aber doch bedacht, wie wenig von der Verwendung bei der Landesregierung um deßwillen zu erwarten war, weil deren Kassen

unmöglich so reich dotirt seyn können, um alle Wasserrisse zu bauen! Das verlangte Zeugniß aber ist nichts anderes als ein Bettelpatent, dergleichen in gut eingerichteten Verfassungen nicht Statt finden darf, und welches daher der Landrichter, wenn er die Sache einen Augenblick überlegt, Bedenken tragen muß auszustellen. — Also bleibt wohl der Wasserriß, und dem Flusse die Freiheit, seine Verwüstungen im nächsten Winter fortzusetzen, vielleicht sich ein ganz neues Bett zu suchen? — Wenn es nicht anders angegriffen wird, allerdings! Aber ich dächte, es läge nahe genug, wie unserm Leidhart oder vielmehr seiner Besitzung, wozu die Wiese gehört, zweckmäßig zu helfen. — Wer ist denn zunächst dabei interessirt, daß die einen Theil des Leidhartischen Gutes ausmachende Wiese nicht zu Grunde gehe? Ich meine doch niemand anders als die Hypothekengläubiger. Also — diese mögen nur die Mittel herbeischaffen, wodurch ihre Sicherheit vom Untergange gerettet wird. Darum sind diese vor allen von der Sache in Kenntniß zu setzen, und zu vernehmen, ob sie für die Herstellung sorgen wollen. Wollen sie sich zu nichts verstehen, so mögen sie es sich gefallen lassen, wenn das ganze Gut (weil dieß von der Wiese allein als incorporirt nicht Statt findet) mit der Verbindlichkeit der Herstellung des Schadens an den Meistbietenden verkauft wird. Diese Maßregel wird besonders in dem Fall nothwendig, wenn es sich nicht um Verschlimmerung der zunächst betroffenen Sache allein handelt, sondern wie hier auch den Angrenzern Gefahr droht, sobald der Fluß seine zerstörende Gewalt weiter ausbreitet. Diese Grenznachbarn sind daher vor allen auch bei den Verhandlungen beizuziehen, um ihre Rechte wahren zu können.

§. 90.

Regeln.

Es giebt der Natur der Sache nach keine allgemeine Regel für die initiative Behandlung gewisser Angelegenheiten, noch weniger ein Arkanum für die aus der Unbehülflichkeit mancher Geschäftspfleger entstehenden Verlegenheiten. Indessen will ich versuchen, Anfängern in der Praxis einige Winke zu geben, und diese sind:

1) Man benütze fleißig die praktischen Hülfsmittel, wovon oben (§. 7. num. 1—4.) die Rede war, vornämlich die Gelegenheit der Vorbereitungspraxis. Je mannigfaltiger die Erfahrungen sind, die wir über die Erscheinungen im bürgerlichen Verkehre gesammelt haben, um desto tüchtiger werden wir uns bei der Lösung der in Frage befindlichen Aufgabe bezeigen. Wer in dem großen Buche des Lebens wohl bewandert ist, für den enthalten Bibliotheken von praktischen und casuistischen Schriften nichts neues mehr; er kann sie, wenigstens für den Zweck unserer gegenwärtigen Betrachtung, wohl entbehren.

2) Man betrachte das Geschäft mit allen seinen Nebenumständen, und deren Einfluß auf die Hauptsache; überlege dessen Zweck, die Absicht der Interessenten, ihre Bedürfnisse, die Mittel selbigen zweckmäßig abzuhelfen, höre und prüfe ihre eigenen Vorschläge, überschaue mit andern Worten die Stellung, in der die Betheiligten sich jetzt befinden, und die, worein sie sich ihres erlaubten Vortheils wegen zu versetzen gedenken;

3) Man prüfe mit Umsicht, mit Vergleichung ähnlicher Fälle, die Hindernisse und Schwierigkeiten, die sich den zu verändernden Verhältnissen entgegen-

stellen; das etwa dabei obwaltende Interesse Dritter u. s. w.

4) Man erwäge mit Klugheit die Mittel gegen jene Hindernisse; kann diesen auch nicht sofort definitiv, vielleicht kann ihnen doch provisorisch für den Zweck der Parteien abgeholfen werden.

5) Man ziehe, wo es seyn kann, die reifere Erfahrung Anderer zu Rathe. Denn hier ist es, wo einzig Erfahrung und längere Uebung den Ton angiebt, und der Jüngere darf sich daher durchaus nicht schämen von dem Aeltern zu lernen. Ueberhaupt, immer nur, wenn auch im gerechten Vertrauen auf unsere Einsichten, auf diese allein uns verlassen, macht einseitig und hindert also nothwendig die Annäherung zum Ziele des vollendeten Geschäftsmannes.

§. 91.

— durch Beispiele erläutert.

Einige Beispiele sollen das bisher Gesagte näher erläutern und diese Betrachtung schließen.

A will auf sein Gut, das er vor einigen Jahren von B erkauft hat, 3000 fl. Darlehen hypothekarisch aufnehmen, und meldet sich bei der das Hypothekenbuch führenden Behörde. Es wird der Realzustand des noch nicht in das Hypothekenbuch eingetragenen Gutes untersucht, und hierbei zeigt sich, daß der A zwar den Kaufschilling von 6000 fl. an den B bezahlt hat, daß aber in Ansehung des Besitztitels des letztern, mithin auch in Ansehung dessen Veräusserungsfähigkeit noch erhebliche Bedenken obwalten. B hatte nämlich mit seiner vor 6 Jahren gestorbenen Frau in allgemeiner Gütergemeinschaft gelebt. Er hatte mit derselben 3 Kinder erzeugt,

denen bei der Erbsonderung statutargesetzmäßig die Hälfte des ganzen Vermögens gebührte. Das jüngste dieser Kinder, ein Sohn, war Soldat und in Rußland vermißt worden. Nachrichten eines Kameraden zufolge war er wahrscheinlich gestorben; dieß genügte dem Vater, ihn bei der Abtheilung mit den übrigen zwei großjährigen Kindern, welche eben wegen der Großjährigkeit der Kinder mit Umgehung der Gerichte erfolgte *a*), als todt zu übergehen. Bei der oben bemerkten Untersuchung des Realzustandes des Guts kam die Sache nun zur Sprache. Daß das Gericht, welches hier zugleich obervormundschaftliche Behörde ist, den abwesenden Soldaten nicht sofort für todt annimmt, versteht sich von selbst. Aber daraus folgt zugleich die Nothwendigkeit wirksamer Maßregeln zur Wahrung seines Interesse. Wie wird sich nun das Gericht hier zweckgemäß benehmen, die Sache in das rechtliche Geleise leiten? — 1) Es kann nicht sofort den Besitztitel für den A eintragen, also auch mit der Eintragung der 3000 fl. nicht verfahren, weil, so lange der Abwesende oder sein Vormund nicht gehört ist, der Besitztitel des A noch auf prekären Verhältnissen beruht. Während also der Richter dem A überläßt, seine Zuständigkeiten gegen den B so gut als möglich zu wahren, wird er 2) den B auffordern, binnen einer angemessenen Frist den Todtenschein seines Sohnes beizubringen, unter dem Präjudiz, daß ausserdem eine förmliche Curatel über

---

a) Wo die Prediger und Ortsvorsteher ihre Schuldigkeit thun, kann ein solcher Fall den Gerichten freilich nicht unbekannt bleiben. Denn sie sollen eigentlich jeden Fall, wobei Tutel- oder Curatelbedürftige betheiligt sind, den Gerichten zur Anzeige bringen.

den Abwesenden und was dem anhängig, werde eingeleitet werden. 3) Wird nun der Todtenschein nicht beigebracht, so wird mit förmlicher Anordnung der Curatel über den Abwesenden verfahren, wobei es keiner Erinnerung bedarf, daß der Vater wegen seines collidirenden Interesse unfähig ist, die Stelle zu bekleiden. 4) Das nächste ist, der Antrag des Curators (und dazu ist derselbe nöthigen Falls von vormundschaftlichen Amtswegen anzuweisen) auf die Ausmittelung und Sicherstellung des Curatelvermögens. Bei der mit Zuziehung sämtlicher Interessenten erfolgten Ausmittelung der mütterlichen Verlassenschaft ergiebt sich ein Aktiv-Ueberschuß von 2400 fl., wovon die Hälfte auf die Kinder fällt, so daß das Muttergut des Abwesenden 400 fl. beträgt. Dafür haftet nun zwar zunächst der Vater und seine übrigen 2 Kinder; allein sie sind leider in Umständen, daß die Beitreibung bedenklich ist. So glaubt sich denn der Curator an das an A verkaufte Gut halten zu dürfen; er macht den Antrag, das Curatelvermögen auf dasselbe im Hypotheken-Buche einzutragen, weil jedoch A seiner Verbindlichkeit dafür zu haften, widerspricht, einstweilen wenigstens protestationsweise. Daß diese Maßregel den A, dem an der Realisirung des Darlehens der 3000 fl. liegt, in große Verlegenheit setzt, ist leicht einzusehen, und der Richter, der nach der Lage der Umstände diese Verlegenheit als von jenes Seite ganz unverschuldet erkennt, findet in dieser Betrachtung gewiß Motive zu einem Auskunftsmittel, dessen Realisirung ihm sein Verhältniß als Obervormund erleichtert. Es wird nämlich 5) unter amtlicher Vermittelung folgendes Abkommen erzielt: A läßt das Kuratelvermögen auf sein Gut eintragen, der B und seine Kinder versprechen aber binnen Jahresfrist die Hypothek freizumachen. Der

Curator willigt in die Eintragung zur zweiten Stelle, räumt also dem Darlehen der 3000 fl. die Priorität ein, welches nun den erwünschten Fortgang erhält.

So einfach wie die Sache in diesem Beispiele vorgetragen ist, scheint freilich alles von selbst so kommen zu müssen, und die Einschreitungen des Gerichts nichts weiter als das Produkt einer alltäglichen Reflexionsgabe zu seyn. Allein Umsicht und einige praktische Uebung wird eben doch als Bedingung ohne welche nicht dabei vorausgesetzt, wenn nicht in der Ausübung, wo überhaupt so manches anders gelegt und gestellt erscheint, als es nach der Vorstellung, womit wir uns bisweilen an ein Geschäft machen, seyn sollte, der rechte Gesichtspunkt verfehlt, und so vielleicht unpassende Maßregeln genommen werden sollen. Dadurch entstehen denn so häufig Uebereilungsfehler, die man leider erst in der Folge oft zu spät wahrnimmt. Wäre in dem gegebenen Beispiele das Interesse des für todt geglaubten Sohnes auch von dem Gericht unberücksichtigt geblieben, dieser aber über kurz oder lang doch wieder zum Vorschein gekommen; so hätte er zusehen mögen, im Wege des Regreßprozesses — nach Belieben contra quemcunque — zu der kleinen Erbschaft seiner Mutter zu gelangen. Denn war einmal der Besitztitel auf den Erwerber des mit der Legalhypothek behaftet gewesenen Gutes eingetragen, und hatte ein Dritter auf den Glauben des Hypothekenbuchs mit jenem sich in ein Verkehr eingelassen; so war für den Abwesenden nicht mehr res integra, wenigstens nach den Grundsätzen von einer soliden Hypothekenverfassung, wovon wir in der Folge handeln werden. Hier ist es aber nicht der Abwesende allein, der die gerichtliche Fürsorge in Anspruch nimmt. Es kann auch der A ein Rechtsunerfahrner

seyn, welcher in der, von seiner Seite unverschuldeten Verlegenheit die geeignete Unterstützung billig in Anspruch nimmt, und es ist hier, wo keinem Theile eigentlich ein böser Wille oder eine absichtliche Gefährde zur Last fällt, auch nicht einmal, wie es scheint, dem B, Pflicht des Richters als hier allein thätigen Sachverständigen, eine zur allerseitigen Beruhigung dienende Auskunft zu treffen, und den Betheiligten den rechten Weg zu zeigen. Thut er es nicht, so wird dieser Fall bald eine nicht unergiebige Quelle für Sportelcassen und Advokaten werden. Man kann übrigens hierbei das oben §. 43. Angeführte vergleichen.

§. 92.

Fortsetzung.

Ein Beispiel anderer Art, wo sich die Thätigkeit des Richters für die einfache Behandlung einer, ohne seine zweckmäßige Verwendung vielleicht zu weitaussehenden Irrungen sich neigenden, Angelegenheit wohlthätig äussert, mag die Constituirung einer nothwendigen Servitut geben. C besitzt an der neuen Straße von Erlangen nach Baiersdorf einen Acker. Ehe vor 5 Jahren die Straße chaussirt worden, hatte derselbe die ungehinderte Ein- und Ausfuhre über den alten Straßengrund. Seit die Chaussee mit ihren Seitengräben hergestellt ist, ist ihm der vorige Weg versperrt. Weil er aber über seines Schwagers D Acker mit dessen Vergünstigung fahren konnte, so unterließ er seine Zuständigkeiten bei der Anlegung der Straße gehörig zu wahren. Der Schwager ist indessen nun gestorben, der precario dienende Acker in die Hände des E gekommen, und dieser denkt minder nachsichtig als sein Vorbe-

sitzer. C versucht es mit dem Nachbar F; er findet hier gleiche Unwillfährigkeit; man droht ihm von allen Seiten mit der Klage, wenn er sich einer Fuhre anmaße, wozu er kein Recht hat. In seiner Verlegenheit geht er zu dem Richter, der ihm sagt, daß hier kein anderes Auskunftsmittel sey, als die Bestellung einer nothwendigen Dienstbarkeit, „er müsse sich eben eine Fuhre kaufen", wie man zu sagen pflegt. Giebt ihm der Richter weiter sonst keinen Bescheid, so wird der Bauer eben so unberathen und verlegen die Amtsstube verlassen, als er sie betreten hat; er wird nolens volens zu einem Advokaten laufen, oder von dem E oder F, vielleicht von beiden zugleich, weil er faktisch verfährt, belangt werden, also durch die Apathie des Richters zuverläßig in Prozesse gerathen. Vielleicht kommen zu den Negatorien- noch Injurien-Klagen; denn nichts ist in solchen Fällen leichter, als daß es zu Thätlichkeiten kommt. Das alles wäre nun bei zweckmäßiger Verwendung des richterlichen Amts vermieden worden; und wie? — Ganz einfach, durch Einnehmung eines Augenscheins mit Zuziehung Sachverständiger und sämmtlicher Interessenten. Hier, an Ort und Stelle, müssen sich die thatsächlichen Verhältnisse über die Nothwendigkeit der Dienstbarkeit, über deren mit der möglichsten Schonung wohlerworbener Rechte zu regulirende Modalitäten, und über die dafür zu leistende billige Entschädigung ergeben. Hier, an Ort und Stelle, spricht gleichsam die Sache selbst das natürliche Billigkeitsgefühl an; eine Fuhre muß C haben, das springt in die Augen; über den Acker des E ist sie natürlicher, sie ist näher, bequemer und unschädlicher als über den Acker des F, und kommt auch bei der Hartnäckigkeit des E kein gütliches Abkommen zu Stande, so ist die Arbeit nicht vergeblich;

denn

denn es ist durch diese präparatorische Verhandlung soviel ausgemittelt, daß eine Menge faktischer Erörterungen im Prozeß vorläufig schon überflüssig geworden sind, und daß die ganze Irrung vielleicht nur noch auf einfachen Rechtsfragen beruht.

Ich will nun noch ein, ganz eigentlich dem nichtstreitigen Verfahren angehöriges Beispiel anführen. Die Bäckerswittwe Kraus bringt folgendes an: „Ich besitze in Baiersdorf ein Haus Num. 15., eine Scheune, einen Garten von 2 Tagwerken und ausserdem ein Tagw. Wiese und 5 Morgen Aecker. Darauf bin ich schuldig

2000 fl. dem Kaufmann Schneider zu Nürnberg,

1500 fl. väterliches Vorausvermögen meinen 3 Kindern, welche noch minderjährig sind.

Diesen meinen Kindern sind unlängst noch 1200 fl. von meiner verstorbenen Schwiegermutter an Erbgut angefallen, welche nach dem Testamente der Erblasserin auf sichere Hypothek ausgeliehen, mir aber davon die Zinsen überlassen werden sollen, so lange ich die Kinder in meinem Brode habe. Der mir zugeordnete Mitvormund derselben ist bekanntlich der Färber Specht zu Erlangen. Ich habe mich veranlaßt gesehen, meine oben bemerkte Wiese, weil sie mir etwas entlegen ist, an den Bierbrauer Lauterbach zu Bubenreuth gegen eine andere von $1\frac{1}{2}$ Tagwerk zu vertauschen, und bin mit dem Besitzer schon ausser gerichtlich übereingekommen, indem ich ihm 300 fl. baare Aufgabe leiste. Hierzu und zur bessern Einrichtung meiner Nahrung, insonderheit aber zur Unternehmung eines nothwendigen Baues an meiner baufälligen Scheune, wünschte ich die Auszahlung der noch im gerichtlichen Depositorium liegenden 1200 fl. großmütterliches Erbgut meiner Kinder gegen Eintragung auf meine sämtlichen Besitzungen zu

erhalten. Ich habe zwar mein sämtliches Besitzthum bei der väterlichen Vorausregulirung für meine Kinder nur für 6000 fl. angenommen, allein es hat durch Verbesserungen einen Werth von 8000 fl. erhalten, und meine Kinder sind also wohl gesichert. Auch will sich nöthigen Falls mein Bruder, der Müller Nagel zu Buckenhof für mich auf die Erbgutsforderung meiner Kinder verbürgen, also daß es an der vollen pupillarmäßigen Sicherheit nicht fehlen soll. Ich bitte nun das Landgericht, das Erforderliche einzuleiten, daß mein Vorhaben sowohl wegen des Wiesentausches als wegen der Ueberlassung des großmütterlichen Erbgutes meiner Kinder Fortgang gewinnt."

Die beiden Rechtsgeschäfte, der Tauschcontrakt und das Darlehen aus dem Depositorium, fordern folgende Modalitäten zu ihrer rechtsbeständigen Verhandlung oder Substantiirung:

1) Der Besitztitel des Brauers Lauterbach rücksichtlich der $1\frac{1}{2}$ Tagw. Wiese und also seine Veräusserungsbefugniß dürfen keinem Hindernisse unterworfen seyn.

2) Die Hypothekengläubiger der ꝛc. Kraus müssen auf gleiche Weise ihres Unterpfandsrechts an dem zu vertauschenden Objekte sich begeben.

3) Der Vormund muß in die Ueberlassung der 1200 fl. an die Wittwe Kraus willigen mit der Erklärung, unter welchen Modalitäten und Bedingungen dieß geschehen soll, und es muß dazu die obervormundschaftliche Genehmigung erfolgen. Dieß alles ist Gegenstand einer motivirten Entschließung des Gerichts auf jenes Vorbringen der Wittwe, die zugleich zur ordnungsmäßigen Einleitung des Verfahrens als Instruction dient, und entweder in der Form einer dem Protokoll angehängten Resolution oder besonders

ausgefertigt wird a). Hätte die Wittwe hier die nöthige Geschäftsgewandtheit besessen, oder sich eines Rechtsbeistandes bedient, so würde sie das Geschäft dem Richter substantiirt vorgelegt und den Erfordernissen von selbst sofort genügt haben, die der Richter jetzt erst zum Gegenstand einer Weisung machen muß.

II. Aeussere Form.

§. 93.

Begriff und Zweck.

Was wir unter der äussern Form im Gegensatze von der innern oder dem materiellen Theil eines Rechtsgeschäfts verstehen, ist oben (§. 56.) schon bemerkt worden. Bisher haben wir von der innern Form gehandelt; wir kommen nun auf die Betrachtung der äussern Form oder derjenigen Eigenschaften und Umstände eines Rechtsgeschafts, die sich auf die Verfahrungsweise bei dessen Abschluß beziehen, und nach gesetzlicher Vorschrift (auch wohl nach der Uebereinkunft der Betheiligten) bald nur den Beweis bald auch einen höhern Grad von Rechtsbeständigkeit zum Zwecke haben. In der letztern Beziehung braucht man die Ausdrücke: Formalitäten, Feierlichkeiten, Solennitäten, deren Beobachtung oft sogar Bedingung der Gültigkeit des Geschäfts überhaupt seyn kann.

Zu den Formen, die bloß den Beweis bezwecken, gehören: die Zuziehung von Zeugen und zwar in der hinreichenden Anzahl; ferner die Schrift.

---

a) Wegen der Fassung dieser Resolution und der darauf folgenden Verhandlung vergl. Form. Lit. M. und N.

Diese ist zwar in der Regel *a*), und wo es die Gesetze nicht ausdrücklich zum Wesen des Geschäfts vorschreiben, nicht erforderlich; doch gehört sie zum Wesen einer gerichtlichen Verhandlung als solcher *b*).

Zu den Feierlichkeiten gehört ausser demjenigen, was nach Beschaffenheit gewisser Rechtsgeschäfte z. B. der Testamente vorgeschrieben ist, auch die nothwendige Vollziehung gewisser Geschäfte vor Gericht (Kap. I). So wie die Vermehrung der Formen zur Sicherung der Rechte dient, indem dadurch dem Richter die Erkenntniß der Thatsachen, worauf die Anwendung der Gesetze beruht, erleichtert, auch Irrthum und Betrug beseitigt wird; so wird dadurch zugleich die Zuverlässigkeit einer Willenserklärung befördert. Man vermuthet mit Recht, daß der Mensch bei Handlungen, wobei er durch die Umstände ausser die Sphäre der täglichen Gewohnheit versetzt wird, auch in einem höhern Grade mit Besonnenheit und Ueberlegung handeln werde.

§. 94.

Grundsätze.

Wo die Gesetze die Beobachtung gewisser Formen ausdrücklich zur Gültigkeit eines Geschäfts vorgeschrieben haben, was übrigens nicht vermuthet wird, da folgt aus deren Verabsäumung die Nichtigkeit des Geschäfts; jedoch nur in Ansehung der dem Gesetz widerstreitenden, nicht in Ansehung der demselben gemäß erfolgten Handlungen. Hierbei ist jedoch zu unterscheiden:

---

a) L. 4. D. de fide instr.
L. 28. C. de transact. (II. 4.)

b) L. 2. 3. C. de sent. ex peric. (VII. 44.)

1) der Fall, da mehrere selbstständige Geschäfte Gegenstand einer Verhandlung sind, und eines oder einige rechtsbeständig abgeschlossen sind, die übrigen aber nicht. Denn hier gilt die Regel: utile per inutile non debet vitiari *a*).

2) Der Fall, da bei einem und dem nämlichen Geschäft ein Theil aus ungültigen Festsetzungen besteht; auch hier kann obige Regel eintreffen, jedoch nur dann, wenn diese ungültigen Verabredungen nicht das Wesen, sondern bloß die von den wesentlichen Stücken abhängenden Nebentheile eines Geschäfts betreffen *b*). Wird der Mangel in der Folge ergänzt, so gilt das Geschäft nur von dem Zeitpunkte der Ergänzung an *c*). Sonst wird die Beobachtung der Form nach dem Zeitpunkte, da die Handlung vollzogen worden, beurtheilt.

Wo nicht Partikulargesetze ein anderes bestimmen, gelten rücksichtlich der Form die Gesetze des Orts, wo das Geschäft zu Stande gekommen *d*); es wäre denn daß zur Umgehung strengerer Formen aus Gefährde dasselbe anderwärts vorgenommen worden wäre *e*).

Formen, die nur schlechthin des Beweises wegen vorgeschrieben sind, können durch andere Beweismittel ersetzt werden, nicht aber solche, wobei das Gesetz den Beweis nur auf eine bestimmte Weise

---

a) L. 1. §. 5. D. de V. O.

b) Thibaut Syst. d. P. R. I. §. 135.

c) Hofacker princ. jur. civ. Tom. I. §. 222.

d) L. 6. D. de evict.
Leyser Spec. 73. m. 3.

e) Voet ad Pand. L. I. Tit. IV. part. 2. §. 13. 14.

zuläßt, oder überhaupt die Gültigkeit der Handlung aus allgemeinen Gründen von der Beobachtung einer gewissen Form abhängig macht.

Förmlichkeiten, welche bei Strafe der Nichtigkeit vorgeschrieben sind, z. B. die Belehrung einer auf die Wohlthat des Vellejanischen Rathschlusses zum Behufe der Gültigkeit einer Intercession verzichtenden Frauensperson *a*), können nicht als erlassen angenommen werden, wenn auch im concreten Falle die Absicht des Gesetzes wegfällt, aus welcher sie angeordnet worden sind *b*).

Was sonst in Ansehung der Form zu beobachten ist, dafür giebt es keine allgemeine Regel. Sie muß bei jedem Rechtsgeschäfte besonders Gegenstand der Betrachtung werden, und der Richter muß sich um so mehr mit den gesetzlichen Vorschriften deßfalls bekannt machen, da er zunächst für die Beobachtung der Form bei den unter seiner Leitung vollzogenen Rechtsgeschäften zu haften hat. Auch wird das Vertrauen der Interessenten zu seiner Sachkenntniß noch auf eine besondere Weise ein Verpflichtungsgrund zur Aufmerksamkeit für ihn, sofern als seine Concurrenz die Betheiligten veranlaßt, ja gewissermassen berechtigt, sich der eigenen Vorsicht überhoben zu wähnen (Seite 161).

---

a) Stryk in C. C. Sect. I. cap. V. §. 6. et Sect. II. cap. VI. §. 3. 4.

b) Nam ex his, quae forte uno aliquo casu accidere possunt, jura non constituuntur, — nec in singulas personas sed generaliter. L. 4, 8. D. de legibus.

Weber von der nat. Verbindl. §. 64.

§. 95.

Kann der Richter von der äussern Form eines Rechtsgeschäfts etwas erlassen?

Leyser *a*) und andere Rechtslehrer behaupten mit mehr oder weniger Modificationen, daß wegen offenbarer Billigkeit der Richter ein, vernachlässigter Förmlichkeiten halber nichtiges Geschäft aufrecht erhalten, und überhaupt von der Form etwas erlassen könne. Wenn aber der Fall einer offenbaren Billigkeit *b*) eintrete, und was und wieviel von den Förmlichkeiten erlassen werden könne, das ist nicht bestimmt, und dieß sollte doch vor allen ausser Zweifel seyn, wenn nicht mit einer so schwankenden Regel der richterlichen Willkühr ein Feld geöffnet werden soll, weitaussehend genug, um darin, was gesetzlicher Wille, also Grundlage aller richterlichen Thätigkeit ist, gänzlich aus dem Gesichte zu verlieren. Man bezieht sich zur Begründung jener Regel auf die gesetzliche Bestimmung in l. 183. D. de R. I., welche in ihrer Abgerissenheit allerdings

---

a) Spec. 3. med. 6. Vergl. dagegen Müller in obs. pract. ad Leyseri medit. T. I. fasc. 1. obs. 5. und Weber über die nat. Verb. (3te Ausg.) S. 441.

b) Ueber diese nicht ohne Grund in einem zweideutigen Rufe stehende richterliche Billigkeit kann man nachlesen:
J. P. Kreſs D. de aequitate. Helmst. 1731.
H. G. Bauer D. de aequitatis in iure usu. Lips. 1761.
F. J. Hartleben in medit. ad pand. Vol. I. part. 1. Spec. 4. m. 10.
E. F. Klein über die Billigkeit bei Entscheidung der Rechtsfälle; in den Annalen der Gesetzgeb. ꝛc. I. B. S. 357.

gerade so lautet *a*). Allein man hat dagegen mit Recht erinnert, daß dieses Fragment in seinem Zusammenhange (wie es in l. 7. pr. D. de in integr. rest. vorkommt) betrachtet, jene exorbitante richterliche Befugniß nicht begründe, sondern nur von einem speciellen Fall handle, da jemand wegen einer nach Gründen der Wahrscheinlichkeit ihm nicht zuzurechnenden Versäumniß wieder in den vorigen Stand eingesetzt wurde. Die Restitution dessen, der einer Vorladung nicht Folge geleistet hat, weil sie ihm nach den Umständen wahrscheinlich nicht zugekommen war, erfolgt aber nicht sowohl von Billigkeits-, als von Rechtswegen; denn niemanden kann als Versehen zur Last gelegt werden, woran er unschuldig ist. Bloß dieß, daß man über die eigentliche Veranlassung des Versäumnisses keine weitläufige Untersuchung anstellt, sondern die durch die Umstände begründete gelindere Vermuthung statt eines förmlichen Beweises gelten läßt, ist eine Abweichung von den Forderungen des steifen Ganges des Verfahrens, welche aber durch die Umstände und bei einer vernünftigen Vergleichung zwischen Mitteln und Zweck gerechtfertigt erscheint.

Dieß alles ist aber anders, wenn eine gewisse Form gesetzlich vorgeschrieben ist, und diese überschritten wird. Hier kann es so wenig in der Befugniß des Richters liegen, etwas davon nachzulassen, als er überhaupt über das Gesetz sich hinweg zu setzen sich erlauben darf, wenn es auch hart oder nach seinen Empfindungen für den gegebenen Fall zu

---

a) Etsi nihil facile mutandum est ex sollennibus, tamen ubi acquitas evidens poscit, subveniendum est.

streng seyn sollte *a*). Das hieße sonst ihm die Befugniß verstatten, für den gegebenen Fall ein eigenes Gesetz zu schaffen, welche Befugniß eben jene schwankende richterliche Billigkeit begründen würde, zumal da man bis jetzt noch nicht einmal über einen richtigen Begriff von derselben sich vereinigt hat, zur steten Erinnerung, wie es scheint, daß sie eine Geburt der Willkühr und einer kränkelnden Empfindelei ist, und daher von der Vernunft gleichsam verdammt ist, unter die êtres indéfinissables zu gehören.

§. 96.

Ueber die Billigkeit überhaupt.

Die Vernunft kennt kein Recht auf Billigkeit *b*). Denn die Billigkeit, im Gegensatze vom Recht betrachtet, ist die Beschränkung unserer Rechte durch unvollkommene Pflichten; ein Recht auf Billigkeit wäre also ein Recht auf unvollkommene Pflichten, welches widersprechend ist. Nur die Menschen unter sich können Billigkeit üben nach dem Gebote des Tugendgesetzes und ohne Zwang vor dem äussern Richterstuhl; und nur der Gesetzgeber kann, ja er soll sie bei Ertheilung eines Gesetzes beachten, um dasselbe überhaupt der menschlichen Natur anzupassen.

Die Möglichkeit der Coexistenz der Menschen giebt das oberste Rechtsgesetz. Nach diesem kann ein

---

a) Quod quidem perquam durum est: sed ita lex scripta est, wie sich einfach kräftig Ulpian in l. 12. §. 1. D. qui et a quibus manum. ausdrückt.

b) K. H. Gros Lehrb. der philos. Rechtswiss. (3te Ausg.) §. 38.

von einem menschlichen Gesetzgeber gegebenes Gesetz in einem besondern Falle, welcher eben unter dieses Gesetz subsumirt werden soll, so wie es vorliegt, nicht anwendbar erscheinen, mithin eine Ausnahme nothwendig werden. Die Ursache dieser Unanwendbarkeit liegt hauptsächlich in der Nichtbeachtung jener Billigkeit, in einer nicht allgemein genug, mit Berücksichtigung aller möglichen Erscheinungen, gemachten Fassung des Gesetzes. So soll denn das Gesetz gleichsam erst dem gegebenen Fall angepaßt werden, wenn nicht die menschliche Gesellschaft, für deren Wohlfahrt doch die Gesetze da sind, bei einer, einem ihrer Glieder zugefügten und möglicher Weise sich wiederholenden Ungebühr gefährdet werden soll. Wäre jener Fall, der das Gesetz, es sey nun ganz oder zum Theil, unanwendbar macht, von der Legislation vorhergesehen worden, oder bei der allen menschlichen Divinationen trotzenden Mannigfaltigkeit der Handlungen und Ereignisse, wodurch Rechtsverhältnisse begründet werden, überhaupt vorherzusehen gewesen; so würde die Ausnahme mit der Regel zugleich zum Gesetz erhoben, das Gesetz also so modificirt worden seyn, daß es auch in dem vorliegenden Fall, selbst bei seiner buchstäblichen Anwendung, als ein vernunftmäßiges erschiene. Da indessen jene Vorhersehungsgabe ausser den Kräften irdischer Gesetzgeber liegt, auf der andern Seite aber auch für den concreten Fall, mit rückwirkender Kraft also, keine Gesetzgebung Statt findet; so muß jenem Uebelstande auf eine andere Art abgeholfen werden. Dieß geschieht nun dadurch, daß der Gesetzgeber, aber nur er a) (also nicht der Richter sich selbst), vorsorg-

---

a) Inter aequitatem jusque interpositam interpretationem nobis solis et oportet et licet inspicere. L. 1. C. de LL.

lich und im Allgemeinen (also nicht für einen bestimmten Fall) eine Norm vorschreibt, wornach der Richter jenes nicht allgemein genug gefaßte, daher in seiner Anwendung unangemessen hart erscheinende Gesetz, mit andern Worten: das eben aus dieser Ursache sogenannte strenge Recht mit den besondern Umständen des vorkommenden Falles abgleichen (aequare) soll *a*).

Diese Norm ist in dem römischen Rechte besonders durch die Thätigkeit der Richter selbst (vornämlich der Prätoren) bewirkt worden. Die Veranlassung gaben zunächst die Schwierigkeiten bei der Anwendung gewisser Gesetze, die sich natürlich eher in der Praxis als in der Speculation darboten, und die mit auf die Rechnung einer zu strengen Consequenz des Civilrechts kamen. Daraus ist denn, jedoch immer nur ausnahmsweise, jenes so bekannte Billigkeitsrecht, das aequum im Gegensatze vom strictum jus, entstanden *b*). Weil dieses Recht aber nur ausnahmsweise constituirt ist, so kann es auch nicht zu einer analogischen Erweiterung berech-

---

a) Passend nennt daher Grotius die aequitas virtutem voluntatis correctricem ejus, in quo *lex propter universalitatem deficit.*

b) Wie mich däucht, sehr bezeichnend wird dieses Billigkeitsrecht in den römischen Gesetzen auch mit dem Ausdrucke *factum* belegt, und damit angedeutet: das aequum, oder dasjenige Recht, welches dem Naturrecht angemessen sey, oder aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen geschöpft worden, sey gleichsam nur allein für den concreten Fall passendes Recht; daher bekanntlich die Billigkeitsklagen actiones *in factum* heißen.

Brissonius de V. S. sub v. *factum.*

Hommel in Rhaps. Tom. IV. obs. 537.

tigen *a*), und unsern Richtern, die keine römische Prätoren oder Aedilen sind, sind deßfalls billig die Hände gebunden.

§. 97.

Ueber die richterliche Billigkeit.

Dieß ist nun die gesetzliche Billigkeit, die einen Theil des Rechts selbst ausmacht. Man verwechsele damit nicht die richterliche Billigkeit, als etwas bloß subjektives. Es können nämlich Fälle vorkommen, welche eine besondere Norm der Beurtheilung erheischen, die mit dem Ausdrucke der richterlichen Billigkeit oder des richterlich billigen Ermessens bezeichnet wird, weil

1. das Gesetz nach den beiderlei Beziehungen auf das strenge Recht und die vom Gesetzgeber sanktionirte Billigkeit den Richter verläßt. In diesem glücklicher Weise seltenen Falle tritt jene subsidiarisch wirksame Thätigkeit des reflektirenden Verstandes des Richters ein, kraft deren er den vorliegenden Rechtsfall, nach sorgfältiger Erwägung seiner Eigenheiten in rechtlicher Beziehung, überhaupt nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen seiner besten Ueberzeugung gemäß entscheidet *b*).

---

a) Weber a. a. O. §. 49. 98. ff.

b) So sagt Papinian in l. 13. D. de testibus bei dem Fall, wo die Gesetze über die Glaubwürdigkeit eines Zeugen in gewissen Rücksichten nichts bestimmt haben: quod legibus omissum est, non omittetur *religione* judicantium; das Gewissen, die allgemeine Pflicht des Richters solle das Fehlende im Gesetz ergänzen.

II. Aber auch die thatsächlichen Verhältnisse an sich und deren Erörterung kann dem Richter Veranlassung zur Anwendung des billigen Ermessens werden, und in dieser Beziehung versteht man darunter,

die Befugniß in gewissen Fällen streitige Thatsachen nach vernünftiger Erwägung und nach Gründen ihres wahrscheinlichen Verhältnisses zu bestimmen, indem zwar niemals gegen das, was wirklich erwiesen vorliegt, aber doch unangesehen, daß etwas streng und auf dem gewöhnlich zur Ueberzeugung führenden Wege nicht erwiesen ist, eine Thatsache als richtig angenommen wird.

Hier treten Umstände ein, wo die Parteien, wenn sie der Billigkeit Gehör gäben, sich vergleichen würden, wo aber, weil dieß nicht geschieht, der Richter durchgreifen *a*) muß. Dieß ist der Fall bei vielen Schadens-Ermäßigungen, überhaupt in Interessesachen, bei gewissen Modifikationen der Erfüllung von Verträgen und andern Verpflichtungen *b*). In Fällen dieser Art, wo gewisse faktische Verhältnisse auf dem gewöhnlichen Wege nicht zur Erkenntniß zu bringen sind, wo es jedoch nothwendig wird, die Sache ihrer ungewissen Lage zu entheben, und darum etwas für wahr anzunehmen, stellt sich die

---

a) Ueber dieses Durchgreifen, was man sonst unschicklich eine transactio imperata genannt hat, was aber nichts anders ist als eine decisio litis arbitraria, vergl. meine Schrift über die Grenzen des Richteramts ꝛc. §. 31. ff.

b) L. 105. D. de solut.
— L. 137. D. de V. O. wo ein artiges Beispiel von der richterlich billigen Ermäßigung mit Rücksicht auf alle eintretende Umstände gegeben wird.

richterliche Billigkeit am meisten als praktisch dar. Aber hier ist es, wo nur das vernünftige Ermessen des Richters (arbitrium boni viri), gekräftigt durch empirische Taktfestigkeit, und versöhnt mit dem Verdachte der Willkühr durch das Vertrauen auf das Gewissen und den unbefangenen Sinn *a*) des Mannes, entscheidend werden, aber auch nur so gehandhabt unschädlich wirksam seyn kann.

§. 98.

Fortsetzung.

Die richterliche Billigkeit besteht also keineswegs in der Befugniß das Gesetz nach seinem individuellen Dafürhalten, wo es ihm nicht das Billigkeitsrecht gestattet, abzuändern; auch nicht in einer durch bloße Gefühle und moralische Ideen geleiteten Ueberzeugung von dem, was im vorliegenden Falle recht seyn möchte. Dadurch würde sich der Richter des Rechtsprechens ohne Recht schuldig machen *b*). Auch seine Pflicht, das Gesetz nicht bloß

---

a) L. 30. D. de operis libertor.

b) Die Erfahrung lehrt, daß der leidige Billigkeitsschwindel, vor welchem schon Celsus in l. 91. §. 3. D. de V. O. warnt, [in hoc genere (quaestionum de aequo et bono) plerumque sub auctoritate jurisscientiae perniciose erratur] gewöhnlich eine Krankheit schwacher und seichter Richter ist, die wohl nicht daran denken, daß sie damit an der Menschheit sich schwer versündigen. Denn mit dieser Billigkeit wird die gesetzgebende und richterliche Gewalt unter ein Haupt vereinigt, und so ein Ungeheuer erzeugt, das der gefährlichste Feind der menschlichen Freiheit ist. — Mit Recht sagt Hartleben l. c. videmus in dies plures, qui invita Themide juri dicundo praesunt, quando

nach dem Wortsinn (grammatisch) sondern auch nach seinem Geiste, also wenn die Worte desselben nicht klar sind, nach dem nächsten unzweifelhaften Grunde des Gesetzes und der Absicht des Gesetzgebers (logisch) zu deuten, auch diese Pflicht, sage ich, kann nicht unter die Billigkeit subsumirt werden; denn das soll der Richter von Rechts- nicht von Billigkeitswegen. Nur wenn auch die logische Interpretation ihn verläßt, oder ein Gesetz für den gegebenen Fall ihm gänzlich zu mangeln scheint, dann tritt wieder jene ausserordentliche Entscheidungsnorm (§. 97.) ein. Denn hier soll der Richter, während er der gesetzgebenden Gewalt zur avthentischen Erklärung oder Ergänzung des Mangels in der Legislation Anzeige macht, den vorliegenden Rechtsfall nach den allgemeinen Grundsätzen, nach der Analogie und dem Naturrecht, seiner besten Ueberzeugung gemäß, entscheiden *a*). Diese subsidiarisch eintretende Wirksamkeit der Reflexion, unabhängig von einem bestimmt für den Fall gegebenen Gesetz, ist aber hier nothwendig, weil ein neues Gesetz keine rückwirkende

---

ignorantiae juris convincuntur, inscitiae suae praesidium in ficta aliqua et cerebrina aequitate quaerere, ita ut hodie aequitas pons asinorum et asylum ignorantiae quodammodo dici possit.

a) Das österreichische Gesetzbuch bestimmt deßfalls §. 7: läßt sich ein Rechtsfall weder aus den Worten noch aus dem natürlichen Sinne eines Gesetzes entscheiden; so muß auf ähnliche, in den Gesetzen bestimmt entschiedene Fälle, und auf die Gründe anderer damit verwandten Gesetze Rücksicht genommen werden. Bleibt der Rechtsfall noch zweifelhaft; so muß solcher mit Hinsicht auf die sorgfältig gesammelten und reiflich erwogenen Umstände nach den natürlichen Rechtsgrundsätzen entschieden werden.

Kraft haben kann, und auch ein avthentisch erklärtes in diese Kategorie gehört. Denn die Gesetzauslegung und Anwendung in vorkommenden Fällen ist lediglich Sache des Richters, und wenn derselbe Bedenken tragen sollte, wegen eines wirklichen oder vermeinten Mangels eines Gesetzes eine Entscheidung zu geben, so würde er sich einer Justizverweigerung schuldig machen *a*). Eben dieses wäre der Fall, wenn er eine avthentische Auslegung eines ihm dunkel scheinenden Gesetzes einholen, und darnach erst erkennen wollte. Eine dergleichen avthentische Interpretation eines dunkeln Gesetzes mit der Wirkung, daß sie in concreto zur Norm der Entscheidung dienen solle, kann unter einer zweckmäßigen Justizverfassung nicht Statt finden, man mag dieselbe als Norm für vergangene Fälle, oder als einen Akt, wodurch die gesetzgebende in die richtende Gewalt eingreift, betrachten *b*).

---

a) Das franz. Gesetzbuch drückt sich hierüber so aus: Art. 4.
Le juge qui refusera de juger sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice.

b) J. N. Borst über die Anwendung neuer Gesetze auf früher entstandene Rechtsverhältnisse (Bamberg 1814. 8.) §. 18. Vergl. dagegen die Irrlehre Leyser's in Spec. I. m. 4.

Das preuß. Gesetzbuch hatte (Einleit. §. 47. 48.) früher die Bestimmung: „Findet der Richter den eigentlichen „Sinn eines Gesetzes zweifelhaft, so muß er, ohne die pro„zeßführenden Parteien zu benennen, seine Zweifel der „Gesetz-Commission anzeigen und auf deren Beurtheilung „antragen. — Der anfragende Richter ist zwar schuldig, „den Beschluß der Gesetzcommission bei seinem folgenden „Erkenntniß in dieser Sache zum Grunde zu legen; den „Par-

§. 99.

Fortgesetzte Erörterung der Frage im §. 95.

Eine nähere Prüfung des eigentlichen Wesens der richterlichen Billigkeit gehört dem Verfahren im nichtstreitigen Prozesse eben so gut an, als dem Verfahren im streitigen; denn sie gehört zur Untersuchung des Wesens und der Grenzen der richterlichen Wirksamkeit und Befugnisse überhaupt. Daher wird man auch die bisherige Erörterung nicht für ein bloßes Parergon ansehen. Wir kehren zu der Frage, die selbige zunächst veranlaßt hat, zurück: ob nämlich der Richter aus Billigkeitsgründen von den Förmlichkeiten eines Rechtsgeschäfts etwas erlassen könne? und verneinen sie schlechthin, sofern nämlich diese Förmlichkeiten schlechterdings gesetzlich vorgeschrieben sind. Ein Nachlaß hieran würde, während er dem unter der vernachlässigten Form (in der Regel *a*) aus

---

„Parteien aber bleiben die gewöhnlichen Rechtsmittel da„gegen unbenommen". Dieß wurde jedoch durch eine neuere Bestimmung dahin abgeändert (vergl. I. Anhang, worin die bisher ergangenen Abänderungen und Ergänzungen des allg. L. R. verkürzt gesammelt sind. Berlin 1803. §. 2. u. die neue Aufl. des L. R. de 1803.): dem Richter liege zwar ob, wenn er den Sinn des Gesetzes zweifelhaft finde, den vorliegenden Fall nach den allgemeinen Regeln wegen Auslegung der Gesetze zu entscheiden, und finde die Anfrage an die Gesetzcommission während des Laufs des Prozesses nicht mehr Statt. Er müsse aber die vermeinte Dunkelheit des Gesetzes dem Chef der Justiz zum Behuf der künftigen Legislation anzeigen.

a) Der Gefangene, in dem von Leyser A. Fabern nacherzählten Falle, welchem im Kerker zu testiren erschwert wurde, noch mehr aber die Gebärende (wovon hernach),

eigenem Versehen) Leidenden zu Statten käme, eine Ungerechtigkeit gegen denjenigen enthalten, welcher eben aus der Nichtbeobachtung der Form, die das Gesetz zur Bedingung der Rechtserwerbung von der einen, so wie im Nichtbeobachtungsfalle der Befreiung von der andern Seite gemacht hat, ein wohlerworbenes Recht erlangt hat. Ein nichtiges Testament befreit den gesetzlichen Erben von den Ansprüchen des Testamentserben; ein versäumtes Fatale giebt der Gegenpartei ein wohlerworbenes Recht: und wenn es auf Billigkeit irgend hierbei ankäme, so wäre wohl der Anspruch des Einen so begründet als der des Andern, die Sache auf das Gelindeste betrachtet und abgesehen von dem Uebergewicht, welches das Recht in die Wagschale des Einen vor dem Andern legt. Die Förmlichkeiten sind übrigens darum angeordnet, um ein billiges Verhältniß zwischen den Interessenten eines Rechtsgeschäfts oder eines Rechtsstreits herzustellen, nämlich der Betrügerey und Hinterlist eines gewandtern Mitcontrahenten und den Umtrieben eines in den Künsten der Chicane und Verschleppung geübtern Gegners einen Damm zu setzen. Durch die Form wird also die Rechtsgleichheit bezielt, eine Ungleichheit reparirt und in ihren Wirkungen unschädlich gemacht. Darum kann es nicht von dem Richter abhängen, bei dem Testamente einer Gebärenden, wie wiederum der allzeit billige Leyser *a*) wähnt, Weiber statt Männern als Zeugen zuzu-

---

waren doch selbst daran Schuld, daß sie nicht früher ihre Sachen in Ordnung gebracht hatten. Uebrigens wird die Inhumanität, der man sich dort an dem Gefangenen schuldig gemacht hat, heut zu Tage wohl nicht mehr vorkommen.

a) Spec. 14. m. 5.

lassen, oder bei mündlichen Testamenten einen blinden Zeugen, gleichsam als ob es hier nur auf das Hören ankäme, nicht auch auf das Sehen des Testators und also auf die Entfernung jedes Zweifels in die Identität mittelst beider Sinne *a*). Dieß sind in der That Beispiele von Hirnbilligkeiten, wobei man vergißt, was das Gesetz und das Wesen der Sache fordert, und diese nur von der einen Seite ansieht. Ein anderes ist es, wenn die Beobachtung einer gewissen Förmlichkeit nur Forderung der Vorsicht ist, z. B. die Zuziehung von Zeugen bei der Belehrung einer auf die Geschlechtswohlthaten verzichtenden Frauensperson, oder wenn die Förmlichkeit etwa von dem Gesetz nur empfohlen, nicht befohlen ist. Denn hier kommt es cavendo schlechthin nur auf die Beurtheilung der Umstände des Falles an, ob die Formalität zu beobachten oder bei Seite zu setzen, und judicando, wiefern das Geschäft der Nichtanwendung derselben ungeachtet doch als zu Recht beständig zu erachten sey. Der Richter ist also sowohl bei der Instruktion eines Rechtsgeschäfts, als bei dessen Beurtheilung im streitigen Verfahren nach Materie und Form nur ein Werkzeug des gesetzlichen Willens, wenn schon kein todtes, sondern ein selbstthätiges, selbstdenkendes, indem seine juridische Reflexion eben so auf Gesetzen beruht, als der Gegenstand, an dem sie wirksam wird.

§. 100.

Wiefern wird die Beobachtung der Form vermuthet.

Wenn die Frage entsteht: ob die äussere Form eines Geschäfts beobachtet worden? und wiefern dieß

---

a) Walch in controv. Sect. II. c. 4. m. 3. §. 9.

falls eine Vermuthung Statt finde oder nicht? so ist vor allen der Grundsatz zu merken: Thatsachen werden nicht vermuthet. Demnach wird also auch der Vorgang eines Rechtsgeschäfts nicht vermuthet, sondern muß bewiesen werden. Der Beweis des Daseyns eines Geschäfts schließt aber für den, der sich auf dieses gründet, zugleich die Nothwendigkeit mit ein, daß er alles dasjenige mit zum Gegenstande der Beweisführung mache, wodurch das Geschäft das ist, was es seyn soll, also sein juristisches Daseyn bedingt ist. Wer sich also gegen die gesetzlichen Erben auf das Daseyn eines Testaments beruft, übernimmt damit die Beweislast des Vorhandenseyns eines gültigen Testaments, der Käufer eines Pupillenguts den Beweis, daß ein rechtsbeständiger Kauf vorgegangen *a*). Denn ausserdem würde derjenige, der sich auf ein Testament, auf einen dergleichen Kauf bezogen, ja nicht dargethan haben, daß ein solches resp. nur unter Beobachtung der Testamentsform und nicht schlechthin auf den Grund der Eingehung mit dem Pupillen zu Recht bestehendes Geschäft existire. Das vorgelegte Testament muß also wenigstens nicht mit in die Augen fallenden Mängeln behaftet seyn, der producirte Wechsel die äussern Erfordernisse eines gültigen Wechselinstruments haben u. s. w.

Wenn jedoch behauptet wird, daß an der von dem Alleganten des Geschäfts solchergestalt nachgewiesenen Form ein Mangel obwalte, also z. B. die Testamentszeugen unfähig seyen, die Unterschrift unter dem gerichtlichen Protokolle falsch, der als ver-

---

a) Qui a pupillo emit, probare debet, tutore auctore, lege non prohibente, se emisse. L. 13. §. fin. D. de publ. in rem act.

pflichtet angegebene Aktuar nicht förmlich vereidet sey; d. h. mit andern Worten, wenn Verhältniße und Eigenschaften behauptet werden, wornach das vorliegende Geschäft etwas anderes wäre, denn als welches es sich unsern Sinnen darstellt; so sind das wiederum Thatsachen, die von demjenigen, der sich darauf bezieht, eben so erwiesen werden müßen, als von dem Testamentserben das Faktum des Daseyns eines Testaments. So wie dieses Fundament der Petition in einer Klage oder Exception war, so ist es auch jenes *a*).

Im Allgemeinen giebt es also keine Vermuthung für die Beobachtung und eben so wenig für die Nichtbeobachtung der Form; die Umstände des Falles und die allgemeinen Regeln der Beweisführung müßen zur Richtschnur der Beurtheilung dienen, wem der Beweis aufzulegen. Thatsachen, Veränderungen, Abweichungen von der Ordnung und andere ungewöhnliche Erscheinungen enthalten in sich keinen Grund, ihr Daseyn anzunehmen; wer sich darauf bezieht, und damit gewisse Rechte gegen ausserdem begründet erscheinende Ansprüche eines Andern oder Befreiungen von denselben geltend zu machen sucht, muß den Beweis seines Vorgebens führen.

---

a) Vergl. A. D. Weber über die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civ. Prozesse. Abschn. VI, 30. 31.

Sechstes Kapitel.

Von der Beurkundung oder der schriftlichen Abfassung.

§. 101.

Verfahren hierbei im Allgemeinen.

Wir kommen nun zu einem der wichtigsten Kapitel dieser Abhandlung, indem wir denjenigen Theil des nicht streitigen Rechtsverfahrens betrachten, der es mit der Aufbewahrung dessen, was rechtsbeständig verhandelt wird, oder mit dem künftigen Beweise der Verhandlung zu thun hat, und ohne welchen das ganze Gebäude des vor dem Richter verhandelten Rechtsgeschäfts in die Luft gebaut wäre. Die Beurkundung *a*) oder schriftliche Abfassung des Verhandelten ist das Mittel der Aufbewahrung, und sie besteht aus zwei Schriftprodukten,

1) dem Protokolle,
2) dem Instrumente,

oder der mit Zugrundlegung des erstern ausgefertig-

a) Es ist mir nicht unbekannt, daß dem gewöhnlichen Sprachgebrauche nach unter Beurkundung die Beweisführung durch Urkunden verstanden wird, daß also das Wort nicht sowohl auf die Herstellung eines Beweismittels durch die Schrift (Protokollirung und Verbriefung), als auf den Gebrauch eines durch die Schrift hergestellten dergleichen Mittels deutet. Indessen ist dem Geschäftsstyl auch die hier gebrauchte Bedeutung nicht fremd, und auf jeden Fall wenigstens bezeichnend.

ten Urkunde, auch Brief genannt, z. B. Kaufbrief, Schenkungsbrief. Das Protokoll bleibt bei den Akten des Gerichts, das Instrument hat den Zweck, in den Händen der Parteien zu seyn und diesen zur Nachachtung zu dienen. Dieß ist wenigstens der Gang bei gerichtlichen Handlungen und deren schriftlichen Abfassung, oder Protokollirung und Verbriefung. Bei der Beurkundung aussergerichtlicher Handlungen ist der Natur der Sache nach das Verfahren einfacher. Ein Kaufs- ein Darlehens-Geschäft, welches die Interessenten unter sich allein vollziehen, wird, wenn des Beweises wegen eine schriftliche Abfassung darüber statt haben soll, entweder sofort in Reinschrift zu Papier gebracht, oder wenn man es genau nehmen will, zuerst ein Concept entworfen, und davon die Urkunde ins Reine geschrieben (mundirt). Daß, beiläufig zu bemerken, die vorläufige Entwerfung eines Concepts auch hier bei nur einigermassen wichtigen, oder aus mehrern Puncten bestehenden Festsetzungen, Verträgen oder sonstigen Geschäften rathsam ist, davon wird manchen schon seine eigene Erfahrung belehrt haben. Einen einfachen Wechselbrief, eine Quittung u. dgl. kann jeder im schriftlichen Ausdrucke Geübte wohl ohne Correkturen sofort rein zu Papier bringen, so gut als einen Brief; aber er wird nicht immer einen Kaufvertrag mit allen seinen Haupt- und Nebenabredungen fehlerfrei, bündig und so hinschreiben, daß er hinterher am Ausdrucke, an der Wortstellung ꝛc. nichts mehr ändern möchte, gesetzt, daß auch der Gegenstand nur einen Pferdkauf beträfe. Ueberdieß hat es der Schreibende hier nicht mit sich allein, sondern auch mit seinem Mitcontrahenten zu thun, welchem an dem, was jener geschrieben, hier oder da etwas nicht nach seinem Sinne seyn kann. — Ungewöhnlich ist es

aber, daß in dem bloßen Privatverkehre vorher ein Protokoll aufgenommen wird.

Anders verhält sichs aber bei Verhandlungen vor Gericht. Hier ist nicht nur, was im Privatverkehre rücksichtlich der vorhergehenden Concipirung einer Urkunde bloß ausnahmsweise Statt findet, und nur rathsam ist, allemal nothwendig, sondern es muß über alles was gerichtlich verhandelt wird, ein Protokoll aufgenommen werden *a*). Es treffen also hier mit dem der Ausfertigung vorhergehenden gerichtlichen Beschluß viererlei Operationen ein: 1) die Aufnahme des Protokolls, 2) der richterliche Beschluß über die Ausfertigung oder eine noch zu bewirkende Ergänzung ꝛc., 3) die Verfertigung des Concepts der Urkunde, 4) deren Reinschrift und Vollziehung.

§. 102.

Schreibart.

Das erste Erforderniß bei dieser Beurkundung ist eine angemessene Beobachtung der Regel der Sprache und Schreibart. Ich habe darüber anderwärts *b*) gehandelt, und ich will in Beziehung auf das dort umständlich *c*) vorgetragene mich hier nur auf das Wesentliche beschränken.

---

a) Martin's Lehrbuch des Prozesses §. 18. Seite 21. (der V. Ausg.)

b) in meiner Schrift: der Geschäftsmann in Gegenständen der öffentl. u. Privatrechtspraxis. Erlangen 1818. §. 65. sqq.

c) Der Recensent in der allgem. Litt. Zeitung Jahrg. 1818. n. 179. war der Meinung, daß ich mich dort kürzer hätte fassen können, weil die Grundsätze des Styls überhaupt

Zu einem guten Geschäftsstyle gehört 1) Sprachreinigkeit. Der Ausdruck muß von allem Fremdartigen soviel als möglich sich entfernt halten, also von allen Barbarismen und was zu ihrem Geschlechte gehört: Archaismen, Provinzialismen, Latinismen, Gräzismen, Gallizismen, Neologismen. Man vermeide indessen einen zu weit getriebenen Purismus, um nicht Anstoß oder wohl gar Mißverständniß zu erregen. Denn lieber wird man hier dem Verfasser eines gerichtlichen Aufsatzes einige unnöthig gebrauchte, halb und halb eingebürgerte, lateinische ꝛc. Ausdrücke zu gute halten, als eine zu weit getriebene, zur Würde des Gerichtsstyls nicht passende Neuerungs- oder Sprachreinigungssucht. Auch hat sich der gemeine Mann, gegen den wir Richter namentlich doch hauptsächlich auf Verständlichkeit Rücksicht zu nehmen haben, gewisse von der Fremde eingedrungene Worte und Ausdrücke so bekannt gemacht, daß der Gebrauch neuer deutscher Wörter oft seinen Zweck verfehlen würde. Er weiß z. B. was es heißt, daß er appelliren könne; ob er

---

und des Geschäftsstyls insonderheit dem angehenden Geschäftsmann ohnehin nicht fremd seyn dürften. Allerdings sollte es so seyn; allein leider ist das nur ausnahmsweise also, und wenn mein Zeugniß aus langer Erfahrung etwas gilt, so handelt sich's bei manchem unserer angehenden Praktiker, der sonst keineswegs leer und untüchtig ist, nicht bloß um die Regeln des Styls, es handelt sich sogar oft um die Regeln des deutschen Syntaxes, ja sogar selbst der Orthographie! Will man das bezweifeln, so darf man nur unsere Akten lesen. Wer daher noch ein Wort über den deutschen Styl schreibt, der hat nichts zu bedauern, als daß er — ein Prediger in der Wüste ist.

auch weiß, was er zu thun habe, wenn man ihm sagt, daß ihm das Rechtsmittel der Berufung offen stehe, ist noch eine Frage. Provinzialismen sind übrigens hier oft nicht zu vermeiden, besonders was gewisse, nur in einigen Gegenden verständliche Ausdrücke anlangt. Es ist also z. B. nicht zu rathen, in gewissen Gegenden Deutschlands, wo die Benennungen Köblergut, Ausnahme, Austrag statt Hintersassengut, Altentheil oder Auszug u. s. w. gebräuchlich sind, auf Kosten der Deutlichkeit sich der hochdeutschen Bezeichnungen zu bedienen. Denn nicht sowohl allgemeine Verständlichkeit als Verständlichkeit für diejenigen, die es angeht, ist das erste Erforderniß einer gerichtlichen Urkunde. Nach Befinden kann man den gutdeutschen Ausdruck in Parenthese beifügen.

Die Sprache muß ferner

2) richtig seyn. Es darf in Form, Biegung und Verbindung der Wörter nichts den angenommenen Sprachregeln: dem Sprachgebrauche, hiernächst der Analogie und endlich der Abstammung zuwider seyn. Wer da schreibt: in Beziehung auf seine Person und (sein) Vermögen, — von und für mich — ausserdessen — demohngeachtet — von besitzendem Vermögen — der versündigt sich an den Regeln der Sprachrichtigkeit.

Ein für den Geschäftsstylisten beinahe vor allen andern wesentliches Erforderniß ist aber

3) Deutlichkeit und Bestimmtheit. Sein Ausdruck darf nichts schwankendes, nichts ungewisses und dunkles enthalten; er muß von jedem, selbst von demjenigen, der auf einer niedrigen Stufe scientivischer Bildung steht, mit Leichtigkeit aufgefaßt werden können. Um diese Gabe einer deutlichen schriftlichen Darstellung sich zu eigen zu machen, muß man

vor allen sich bestreben, mit seinen Vorstellungen bei sich selbst zur gehörigen Klarheit zu kommen. Wer verworren denkt, wird weder deutlich reden noch schreiben. Ehe man die Feder ansetzt, überdenke man daher den Gegenstand mit allen seinen Verhältnissen sorgfältig, zergliedere denselben in Gedanken, und erleichtere dadurch die Anschauung von allen Seiten, erwäge ferner die etwa möglichen unrichtigen Deutungen und befleißige sich, durch Präcision im Ausdrucke denselben vorzubeugen. Bei dem Diktiren zu Protokoll unter dem Geräusche und Zwischenreden der Parteien hat man natürlich noch mehr Behutsamkeit nöthig. Wenn man es also hier nicht zu einer großen Fertigkeit gebracht hat, oder der Gegenstand aus mehrern Punkten und Festsetzungen besteht, so thut man wohl, wenn man, besonders bei Protokollen, wo das Aendern nachher nicht angeht, erst einen Brouillon entwirft, diesen mit den Interessenten sorgfältig ausfeilt, und dann erst in das Reine schreiben läßt. Die mehrere Mühe und der etwas größere Zeitaufwand wird durch die allseitige Vollständigkeit des Werks reichlich vergütet. Daß der Verfasser eines bündigen Aufsatzes, der ein Gesetz unter den Parteien werden, und als solches in der Folge der Zeit keinen Stoff zu Zweifeln, Mißverständnissen und Irrungen darbieten soll, der Sprache vollkommen Meister seyn müße, ist klar. Aber er muß mit der Gewandtheit im richtigen, körnigen Ausdruck auch Einfachheit und Faßlichkeit verbinden. Er muß sich bemühen in kurzen, allgemein verständlichen Perioden zu schreiben, wie er darin, nicht in einem schwerfälligen Periodenbaue denkt und auch zu sprechen gewohnt seyn wird. Man darf aber auch nicht vergessen, daß es eine absolute und relative Deutlichkeit giebt, die sich nach dem größern oder

geringern Grade des Fassungsvermögens und der Bildung des Hörers oder Lesers richtet. Am sichersten geht man, wenn man sich der absoluten Deutlichkeit befleißigt. Was dem Bauer deutlich ist, ist es auch dem Gelehrten, dem Manne von höherer Bildung, aber nicht umgewandt; und daß letzterer daran kein Aergerniß nehmen wird, läßt sich erwarten, wenn ihm anders mehr um die Sache als um die Zierlichkeit des schriftlichen Vortrags zu thun ist.

Endlich ist noch

4) die Kürze oder Präcision des Styls ein Erforderniß das dem Geschäftsmanne zu empfehlen ist. Gewöhnlich verfällt man aus mißverstandenem Bestreben, sich deutlich zu machen, in den Fehler der Weitschweifigkeit, der Tautologien und Ausdrucksüberfüllungen (Pleonasmen). Ich möchte behaupten, daß alle unsere Formularien über Handlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit damit angefüllt seyen. Oft ist es auch nicht zu vermeiden; das Bestreben sich bündig auszudrücken, möchte auch nicht immer bis zur Vollendung gelingen. Bloße Tautologien und Pleonasmen [wie z. B. schuldig und gehalten seyn, — ein Gut mit allen Rechten und Gerechtigkeiten, Nutzungen, Lasten und Beschwerden — ich setze ihn zum Erben ein in mein gesammtes von mir hinterlassen werdendes Vermögen, jetziges und zukünftiges, bewegliches und unbewegliches, ausstehende Forderungen und worin es sonst bestehen mag, überall nichts davon ausgenommen *a*)]: sind zwar an

---

a) Als ob dieser ganze Wust von 26 Worten mehr enthielte als das einfache: in meinen ganzen Nachlaß! Aber man gewöhnt sich leicht an diesen Wortschwall, so daß einem

sich unschädlich, wenn schon widerlich für den Leser von besserm Geschmack: allein es giebt wirklich auch eine Art von Weitschweifigkeit, die der Sache schädlich ist. Jemehr Worte — und wer kann sie immer vorsichtig genug abwägen! — desto mehr Stoff, woran sich die Chicane und Verdrehungssucht hängen kann. So kann gerade das Uebel, das man zu vermeiden sucht, herbeigeführt, und es können Zweifel und Mißverständniße veranlaßt werden, denen man durch ein, wie man glaubte, recht bündig gefaßtes Instrument vorbeugen wollte.

§. 103.

Fortsetzung; zweckwidrige Kürze.

Aber man hüte sich auch auf der andern Seite vor zweckwidriger, also fehlerhafter Kürze, um nicht gegen die Forderung der Deutlichkeit zu verstoßen. Wer seiner Sache nicht recht gewiß ist, der bedenke wohl, daß man ihm eher etwas Weitschweifigkeit, als Mangel an Vollständigkeit verzeiht. Man ist oft, besonders in gewissen Jahren, sehr geneigt, eine körnige Sprache zu affektiren, und so manches für Tautologie oder Pleonasmus zu halten, was recht mit Bedacht nicht so ausgedrückt ist, wie es der Neulehrer für recht hält. So könnte es leicht zu Mißverständnissen Anlaß geben, wenn man ein Landgut zur Zeit der Aernte kaufte und schlechthin nur von allen Früchten spräche, ohne nähere Bezeichnung nach den verschiedenen Zueignungsarten, wornach sie entweder pendentes oder percepti, und letztere

---

wirklich bisweilen ganz bange wird, wenn man nur eine einfache Redensart dafür brauchen soll.

wieder separati (abgesonderte, d. h. gepflückte, geschnittene, abgemähete) oder percepti im engern Sinne (eingeheimste) sind *a*). Sollen also alle Früchte ohne Ausnahme, die das laufende Jahr hervorgebracht, verstanden werden, so muß dieß bestimmt ausgedrückt werden. — Eben so gehört eine große Gewandtheit in der Sprache dazu, um nicht hin und wieder versucht zu werden, Ausdrücke für gleichbedeutend zu halten, welche nur sinnverwandt sind *b*); noch mehr aber, jeden derselben nach seinem eigenthümlichen Sinne durch genaue Zergliederung der Begriffe sich deutlich vorzustellen und seine Bedeutung im Gedächtniße zu behalten.

Unnöthige Weitschweifigkeit kann auch aus Mangel an Kenntniß gesetzlicher Bestimmungen entstehen. Die Absicht der Verabredungen bei einem Rechtsgeschäfte geht dahin, was gesetzlich nicht bestimmt ist, zum Gesetz unter den Betheiligten zu machen. Es hat also keinen vernünftigen Zweck, das was ohnehin Rechtens ist, zum Gegenstand einer gewillkührten Festsetzung machen zu wollen. Daß der Pächter eines Landguts, der Miether eines Hauses mit Feuer und Licht vorsichtig umgehe, dazu braucht man ihn nicht erst durch Vertrag zu verpflichten; eben so we-

---

a) L. 25. §. 1. D. de usuris. L. 48. pr. D. de A. R. D.

b) Wie oft werden, nicht bloß im gemeinen Leben, sondern auch in der Schriftsprache, wenigstens der minder gebildeten, Ausdrücke wie: bejahrt und betagt — allmählig, nach und nach — aufbehalten, aufbewahren — betrügen, täuschen, hintergehen — Haushaltung und Wirthschaft — vollziehen, vollstrecken, ausführen ꝛc. ꝛc. — — für gleichbedeutend angenommen. Wiederholt muß ich hier Eberhard's Synonymik (oben S. 17.) empfehlen.

nig, daß er die erpachtete oder gemiethete Sache nach beendigter Pacht- und Miethzeit in dem Stande, wie er sie erhalten, zurückzugeben habe. Daß dem Pächter der nothwendige und nützliche Aufwand von dem Verpächter ersetzt werden müsse, ist ohnehin gesetzlich. Aber ob dem erstern sein nützlicher Aufwand nach den dafür gemachten Auslagen, oder nur in soweit, als die Sache bei der Rückgewähr wirklich mehr werth ist, vergütet werden solle *a*), das ist allerdings Gegenstand der Meldung im Pachtcontrakte. Man hüte sich jedoch hierbei, wenn ersteres die Absicht der Vertragschließenden ist, schlechthin zu sagen: jeden Aufwand, jede Auslagen, um nicht über die impensas voluptuarias in Streit zu kommen. — Ich verweise hier zugleich auf das oben §. 80. fg. von nützlichen und überflüssigen Clauseln Gesagte.

§. 104.

Fortsetzung; Einfachheit.

Dem Praktiker ist bei derjenigen Stylart, von der sich's hier handelt, welche einfach und kunstlos erzählend und anordnend ist, manches erlassen, was der Schreibende sonst zu beobachten hat, der nicht an den Verstand allein, sondern auch an das Gefühl sich richtet, also namentlich die Forderung des Wohlklangs. Der Stylist muß daher vornämlich dahin streben, seinem Produkt in Ansehung der vorhin bemerkten Forderungen diejenige Vollendung zu geben, die man billig erwarten kann, da sie nichts weniger als unerreichbar ist. Allgemeine Ver-

---

a) Höpfner's Commentar §. 894.

ständlichkeit und höchste Einfachheit ist das erste Gesetz und gleichsam die Seele der Geschäftssprache, wie wir sie hier bezwecken, nämlich für das Verkehr im bürgerlichen Leben. Eine zu lebhafte, bilder- und blumenreiche Darstellung würde schon die Verständlichkeit hindern, noch weniger aber zu dem behandelten Gegenstande passen, der mit der kalten trocknen Wirklichkeit, nichts mit der Phantasie zu thun hat, und wo es nicht darauf ankommt, ob man gefällt, sondern ob man verstanden wird. — Uebrigens muß man sich unter dem Geschäftsstyl und der Sprache der praktischen Rechtsgelehrten nicht etwas von der gewöhnlichen Art des Gedankenausdrucks Abweichendes vorstellen. Jenes Sprache ist die jedes Gebildeten. Das Eigenthümliche liegt nur im Material, nicht in der Form. Wer jenes in seiner Fülle sich zu eigen gemacht hat, dem wird auch die Form nicht fehlen, hat er nur durch philosophisches Studium seine Gedanken gehörig zu ordnen sich gewöhnt, und nebenher durch das Lesen der Classiker der alten und neuen Zeit seinen Geschmack gebildet. Aber seinen Stoff muß er kennen, wie wir am Ende des vorhergehenden Paragraphen bemerkt haben, und darnach sich gesetzmäßig und technisch richtig ausdrücken.

§. 105.

Innerliche Erfordernisse der Beurkundung; I) Treue.

Wir haben bisher mehr die äussern oder formellen Erfordernisse der schriftlichen Verabfassung zum Gegenstande der Betrachtung genommen. Es macht aber diese Art der richterlichen Thätigkeit noch auf zwey Eigenschaften Anspruch, die mehr das Wesen der Sache selbst angehen, und diese sind

die Treue und Vollständigkeit.

Die

Die nähere Betrachtung dieser Eigenschaften soll gleichsam als Einleitung zu der hiernächst (§. 107.) folgenden Lehre von dem Protokolle dienen.

I. Die Treue der gerichtlichen Beurkundung, oder die Eigenschaft, wornach die schriftliche Abfassung über das, was verhandelt worden ist, der Wahrheit durchaus gemäß ist (fides), ist das erste und Haupterforderniß der ganzen Geschäftspflege, das erste Gesetz, dessen unverbrüchliche Festhaltung dem Richter heilig seyn muß. Nur so, nach Worten und Absicht nur so, wie es von und mit den Parteien verhandelt worden, darf das Verhandelte die Aufbewahrung durch das Mittel der Schrift erhalten. Dieß scheint sich nun zwar von selbst zu verstehen; aber nicht alles, was sich von selbst verstehen sollte, wird auch überall verstanden. In der That haben wir es hier mit einer Wahrheit zu thun, gegen welche leider häufiger gesündigt wird, als es besonders der Anfänger in der Praxis ahnden möchte. Ihm will ich daher ganz vornämlich diese Betrachtung empfohlen haben.

Zwar wird mancher denken, wozu denn einer so ängstlichen Sorge? Erfolgt denn nicht die Verhandlung in der Interessenten Gegenwart? — nicht unter deren Mitvollziehung? — Darauf antworte ich: die Gegenwart der Parteien, vor welchen der Vorgang zu Protokoll genommen und dann unterschriftlich anerkannt wird, giebt noch keine unbedingt zuverlässige Controlle, man müßte denn nur solche Parteien zum Augenmerke genommen haben, die schon eine gewisse Gewandtheit in den Geschäften, und Uebung in der Sprache, in der Kenntniß des Ausdrucks und der Wendungen der schriftlichen Rede haben, deren Zahl jedoch besonders bei den Untergerichten immer die bei weiten kleinste ist. Sie

giebt keine Controlle jene Gegenwart, sage ich, gegen einen gewissenlosen Richter, — doch von diesem rede ich hier nicht einmal, — gegen einen ungeschikten, sorglosen, trägen, zerstreuten, oder wenn alles dieses nicht wäre, wenigstens gegen denjenigen Richter, der im Drange überhäufter Geschäfte sich dem Gegenstande nicht mit der erforderlichen Ruhe widmen kann. — Die Sache ist wichtig; der Regellosigkeit und Willkühr, sie sey mehr oder weniger verschuldet, ist ein weites Feld geöffnet. Zwar die Regierungen können manches verhüten, wenn sie bei der Prüfung und Wahl der Staatsbeamten überhaupt, und hier der Gerichtsbeamten insonderheit, nicht auf Geschäftskenntniß allein, sondern auch, und zwar hauptsächlich, auf Geschäfts-Moralität sehen; sie können dadurch manchem vorbeugen, aber bei weitem nicht allem. Mit der besten Meinung von seinen Kenntnissen nicht bloß, auch von seinen Geschäftstugenden und von seinem sittlichen Werthe überhaupt, kann man dem Beamten das Amt anvertraut haben; und dennoch können späterhin ungünstige Umstände auf seinen Charakter nachtheilig einwirken. Die Beispiele sind wohl so gar selten nicht.

Ich habe oben (§. 26. n. 14.) von zwei gefährlichen Krankheiten des Geschäftsmannes gesprochen; Schlendrian und Geschäftsüberdruß. Ich habe dort das Gewissen des Richters als das wirksamste Verwahrungsmittel angegeben, und ich will hier die Anwendung davon machen; dem Anfänger zeigen, wie sehr es seines redlichen Willens, seiner gewissenhaften Anstrengung bedarf, um nicht in die Lage zu kommen, auf die Beobachtung von Formen sich berufen zu müssen, während sein Selbstbewußtseyn ihm vielleicht eine Vernachlässigung vorhält. Ich fordere von dem Richter, daß er als gewissen-

hafter Mann nicht hinter die allgemeine Vermuthung der fides protocolli sich stecke, sondern daß ihm auch seine Ueberzeugung sagen müsse, es sey wahr, was darin steht. Und zu dieser, gegen manche bittere Vorwürfe von innen und von aussen ihn schützenden Ueberzeugung wird er gelangen, wenn er folgenden zwei Bedingungen genügt:

1) wenn er, was verhandelt und von den Parteien erklärt worden, treulich niederschreiben läßt;

2) wenn er sich versichert halten kann, daß die Parteien vor der Unterschrift den Sinn des Niedergeschriebenen richtig aufgefaßt haben.

Hier ist also überhaupt nicht von dem Falle die Rede, wo der Richter bei der Informations-Einziehung oberflächlich verfährt, also die Parteien nicht versteht. Davon ist unter andern oben §. 73. fg. gehandelt worden. Hier haben wir es nur mit dem Niederschreiben zu thun.

Wenn man schon eine Zeit lang die Parteien aus den niedern Ständen in ihrem Benehmen vor Gericht beobachtet hat, so wird man die Erfahrung gemacht haben, daß bei einem etwas länger dauernden Geschäfte, besonders während des Schreibens, bald lange Weile sie anwandelt. Es ist bisweilen (natürlich mit Ausnahmen) gerade, als ob sie das soviel nicht mehr anginge; und so theilnehmend und rege sie sich wärend der Unterredung und den etwa mit vorkommenden Debatten bezeigt haben, so sehr scheint ihr Interesse abzunehmen, wenn es einmal unter ihnen zur Richtigkeit gekommen ist. Ich darf kaum noch einmal erinnern, daß ich auch hier hauptsächlich nur von derjenigen Classe der Menschen rede, die ich überhaupt bei dem größten Theile dieser Schrift vor Augen habe: von den Rechtsunerfahrnen

aus den untersten Ständen im Staate. Ist es, daß sie sich während des oft freilich heftigen Wortwechsels so abgemattet haben, daß nun eine Art von Erschöpfung eintritt und daß sie der Ruhe bedürfen, oder glauben sie, das Hauptwerk sey geschehen, oder kommt es auf Rechnung einer gewissen ihnen natürlichen Unbefangenheit und Sorglosigkeit; — genug die Erscheinung ist nicht zu bezweifeln. Wenn das, was dem Protokollführer in die Feder diktirt wird *a*), auch nur beiläufig so klingt, wie das, was mündlich ausgemacht worden, so ist der ehrliche Bauer, zumal wenn er noch nicht öfter dabei gewesen, oder noch nicht durch Schaden gewitzigt worden, schon zufrieden. Und wenn gar noch der verwickelte Periodenbau des beliebten Kanzleistyls angewandt wird, aus dem sich oft selbst der Verfasser kaum herauszuwirren weiß, wie soll der gemeine, an schlichte Mittheilung der Gedanken gewöhnte Mann, der verworrenen Rede richtigen Sinn auffassen? Manchem wird auch wohl, wenn er ein Wort darein zu reden wagt, von dem Herrn Amtmann — um mich eines eben so derben Ausdrucks zu bedienen — kurz und gut über das Maul gefahren. Der Mann will infallibel seyn, am

---

a) Da wo dieser das Protokoll für sich aufsetzt, fällt ohnehin jede Controlle während des Niederschreibens weg, und die oft so leicht zu unterbrechende Aufmerksamkeit bei dem Vorlesen des Geschriebenen ist die einzige Gewährschaft gegen das aliud actum aliud scriptum. Schon um deßwillen empfiehlt sich die Maxime, das Protokoll dem Aktuar durch den Richter in Gegenwart der Parteien laut in die Feder zu diktiren, wodurch das Ganze Satz für Satz, Gedanken für Gedanken gleichsam die Revüe passirt. Wir werden darauf hernach bei der Lehre vom Protokolle zurückkommen.

wenigsten will er an seinem Protokoll etwas ändern. Wenn also der langwierige Servitutstreit zwischen Hinz und Matz heute endlich durch Vergleich beigelegt wird, indem jener diesem

die Fuhre durch seinen Acker zugesteht, jedoch sich ausbedingt, daß Matz den dadurch verursachten Schaden an Früchten erstatte;

und wenn dieser Vergleich so zu Protokoll genommen wird:

der Hinz gesteht dem Matz die Fuhre durch seinen Acker zu, jedoch nur in sofern als ihm dadurch kein Schade an seinen Früchten zugefügt werde, und gegen Ersatz des etwa verursachten;

so gehört freilich nicht sehr viel Sprachgewandtheit dazu, um einzusehen, daß hier etwas ganz anderes niedergeschrieben wurde, als ausgemacht worden war, und daß der Bauer Matz nicht sicher ist, übermorgen schon wieder in Streit mit seinem Nachbar zu kommen. Aber es ist wenigstens mit großer Wahrscheinlichkeit anzunehmen, daß die Interessenten das Protokoll sorglos unterschreiben; auch ist ohnehin bei einer dergleichen schielenden Darstellung nur ein Theil gewöhnlich durch sein Interesse veranlaßt, auf den Fehler aufmerksam zu machen. — Ein anderes Beispiel: In der Schuldklagsache Cajus wider Mevius wird folgender Vergleich protokollirt:

Mevius erkennt die Schuld der 500 fl. für richtig an und verspricht dieselbe mit dem Erlös aus seinem Hopfen, den er an Weihnachten d. J. zu verkaufen gedenkt, sammt Zinsen zu 5 Prozent zu bezahlen.

Allein der Schuldner hatte nur um Nachsicht bis Weihnachten gebeten, weil er alsdann erst durch den Verkauf des Hopfens die Mittel zur Befriedigung seines Gläubigers erhalte, und dieser hatte ihm die

Nachsicht bis dahin zugestanden. Wie ganz anders erscheint aber das Rechtsverhältniß beider nach dem Inhalte des Protokolls. Denn wenn es nun dem Mevius nicht beliebt, zur bemerkten Zeit seinen Vorrath zu verkaufen, also auch nicht zu zahlen, so wird der gutmüthige Cajus wenigstens sich nicht einfallen lassen dürfen, auf diesen Vergleich exekutivisch zu klagen. Und diese Handlungen haben fidem judicialem für sich! Wer muß hiebei nicht denken: ist das der Glaube eines gerichtlichen Protokolls, so macht er wenigstens nicht alle Theile selig! —

Ich traue hier dem Richter, der diese Handlungen hat protokolliren lassen, eben keine vorsätzliche Pflichtverletzung durch eine absichtlich verfängliche Fassung zu *a*). Wenn man erst in dem Heiligthume der Themis vor dem bösen Willen nicht sicher wäre,

---

a) Ich sehe es kommen, daß man über die oben gegebenen Beispiele beinahe so urtheilen wird, wie anderwärts (s. Note c. zu Seite 264.) über meinen schwachen Glauben an die Bildung der Mehrzahl unserer Geschäftsmänner in ihrer Muttersprache. Man wird eine Oscitanz dieser Art nicht für möglich halten, ohne bösen Willen. Allein wer bald ein Viertelsäculum als Gerichtsvorstand mit Individuen von allerlei Qualifikation gearbeitet hat, der weiß, daß hier quaelibet praesumtio delicti exclusiva ist, und daß Bavius mit offenen Augen und mit dem redlichsten Willen Sottisen zu Schulden bringt, die man Homeren in der Schlaftrunkenheit für Bosheit auslegen müßte. Man vergl. das in der Einl. §. 4. Gesagte, und hebe seine Augen auf und sehe, wie es bei so vielen Gerichten vom Folio- bis zum Sedez-Format hergeht! Wahrlich es wäre oft besser, alles dem schlichten Verstande des Bauers allein zu überlassen, und ihm nur zu rathen, sich gehörig zusammenzunehmen, als ihn den Händen solcher blinden Leiter zu übergeben!

so müßte man Treu und Glauben nur ohne weiters gleich den Abschied geben. Denn welches Uebergewicht gäbe dem gewissenlosen Manne seine Gewandtheit in der Sprache, seine Kenntniß der Schlupfwinkel im Rechtsgebiete, seine Weihe in Barthel Cäpolla's Mysterien — gegenüber der Unerfahrenheit, der Arglosigkeit und dem unbefangenen Vertrauen so vieler Parteien! Aber wenn ich auch über diese Besorgniß hinwegsehen, den Richter für einen ehrenhaften Mann annehmen will, soll ich denn mit der Ehrlichkeit des Mannes als einzigen Gewährsmann der Glaubwürdigkeit vorlieb nehmen? Und was ist denn überhaupt im Wesentlichen gebessert, wenn wir es nur mit Irrthum aus Fahrlässigkeit und Uebereilung, nicht mit Betrug zu thun haben? — Aerger als man in den gegebenen Beispielen das Vertrauen der Betheiligten getäuscht, schlechter als man es hier vor Gericht gemacht hat, hätte es doch wahrlich jener Schulmeister (s. Seite 193.) nicht machen können! — Sey der Richter also auch ein ehrlicher Mann, sey das Protokoll formal richtig gefaßt, und von den Betheiligten unterschriftlich anerkannt, immer bleibt an dessen materialer Glaubwürdigkeit, wenn gleich leider nur in foro conscientiae, viel auszustellen übrig, wenn die hier vorgetragenen Grundsätze nicht beobachtet werden, wenn der Richter mit aller seiner Ehrlichkeit gewissenlos genug ist, und aus Leichtfertigkeit und Sorglosigkeit dergleichen Protokollirungen etwa einem ungeübten Schreiber überläßt, ohne etwas weiter dabei zu thun, als etwa mit getheilter Aufmerksamkeit das Vorlesen anzuhören und dann zum Schluß seinen Namen darunter zu setzen? — Um also der gerichtlich schriftlichen Abfassung den Charakter der Treue zu verbürgen, genügt es nicht, daß Richter und Aktuar keine

Schelme sind, es genügt nicht, daß die Betheiligten, vielleicht unbefangen und sorglos, das Protokoll unterschrieben haben; man muß auch versichert seyn dürfen, daß sie deutlich wußten, was sie unterschrieben, und zu dieser Versicherung führt nicht bloß der negativ, sondern vornämlich der positiv gute Wille des Richters.

§. 106.

II) Vollständigkeit.

Ein weiteres Erforderniß nächst der Treue ist die Vollständigkeit. Es muß sich der Richter nicht nur vor jeder Auslassung in den von den Parteien gemachten Festsetzungen sorgfältig hüten, und in dem Grade mehr, als er es mit geschäftsunerfahrnen Leuten zu thun hat, also sich nicht auf deren Controlle verlassen kann, sondern er muß auch mit Sachkenntniß und Umsicht dafür Sorge tragen, daß die Parteien selbst nichts zur Sache Gehöriges übergehen. Er kann leicht alles niederschreiben, was die aussergerichtliche Punktation enthält, alles was ihm die Parteien mündlich vorsagen, und das Ganze kann doch unvollständig seyn. Es ist seine Sache, sie auf das Mangelhafte aufmerksam zu machen, und dadurch halben Verabredungen vorzubeugen, wodurch oft in der Folge mehr Irrungen und Zweifel entstehen, als wenn über gewisse Punkte gar nichts verabredet, sondern alles dem gesetzlichen Ausspruch überlassen worden wäre. Hier kann leicht der Eintritt gewisser Ereignisse zum Gegenstand einer willkührlichen Bestimmung gemacht werden, während für andere mit diesen Ereignissen, wenn schon nur wahrscheinlich eintreffende Erfolge nichts bestimmt ist, wodurch dann in der Folge die Rechtslage zweifelhafter, die Ent-

scheidung rücksichtlich der eigentlichen Absicht der Contrahenten schwieriger gemacht wird, als wenn gar nichts festgesetzt worden wäre. Die provisio legis ist gleichsam durch die provisio hominis gelähmt. Wir wollen dieß durch ein Beispiel deutlicher machen. Ein Mann, welcher 5 Kinder aus voriger Ehe hat: einen Sohn von 12, zwei Töchter von 10 und 8 Jahren, dann wieder zwei Söhne von 4 und 2 Jahren, heirathet eine ledige Frauensperson, und es wird in dem Ehe- und Erbvertrag unter andern festgesetzt:

„Wenn der Mann vor der Frau mit Tod abgeht, so soll diese mit den Kindern voriger Ehe die Wirthschaft für gemeinschaftliche Rechnung fortsetzen, bis der älteste Sohn 25 Jahre alt ist. Alsdann soll diesem die Besitzung für 6000 fl., als so hoch sie der Vater desselben von seinem Vater übernommen, verkäuflich abgetreten werden, die Stiefmutter sich zur Ruhe begeben und mit dem ihr stipulirten Altentheil und der Wohnung in dem dafür bestimmten Lokale versorgt werden."

Hierbei ist aber nichts verabredet, wie es gehalten werden soll, wenn mit der Stiefmutter noch Kinder erzeugt werden; ob nämlich auch diese, wenn sie bei ihres Vaters Tode noch in zartem Alter stehen, mit ihrer Mutter das väterliche Haus räumen sollen; — wie dann, wenn die Wittwe wieder heirathet; — wie dann, wenn jener erstgeborne Sohn stirbt; — oder wenn er das Gut um diesen Preis nicht annehmen will. — Hätte der Instruent des Geschäfts diese nicht bloß möglichen, sondern sogar wahrscheinlichen, ihm überdieß so nahe liegenden Ereignisse den Contrahenten vorgehalten, gewiß sie hätten dießfalls Vorsehung getroffen, und dadurch manchen Zweifeln und Weitläufigkeiten für die Zukunft vorgebeugt.

Freilich — etwas länger dauert so das Geschäft; weit eher kommt man zum Ende, wenn man kurz und gut bei dem punktirten Uebereinkommen bleibt.

Von dem Protokolle.

§. 107.

Begriff.

Ueber alles, was vor einer Gerichtsbehörde mündlich verhandelt wird, muß eine schriftliche Aufzeichnung erfolgen, um eine glaubhafte Nachricht davon bei den Akten zu erhalten. Dieß geschieht vermittelst des Protokolls.

Ein Protokoll ist überhaupt die nach einer bestimmten Form abgefaßte schriftliche Erzählung einer Handlung, welche, um von dieser eine glaubwürdige Nachricht zu erhalten, sogleich bei deren Vorgange aus eigener Wahrnehmung verfaßt worden. Wird das Protokoll unter gerichtlicher Auktorität durch eine auf dessen Führung vereidete Gerichtsperson (Aktuar, Gerichtsschreiber, Protokollist) verfaßt, so heißt es ein gerichtliches Protokoll und von diesem wird hier gehandelt.

Das Protokoll ist dasjenige geschäftsstylistische Produkt, welches am häufigsten vorkommt. Es ist besonders im ganzen nicht streitigen Prozesse das Hauptorgan, wodurch sich die zwischen den Parteien unter sich und zwischen ihnen und dem Richter Statt findende Wechselwirkung äussert. Es macht daher hier mit Recht auf eine nähere Betrachtung seiner Form, seines Wesens und seiner rechtlichen Erfordernisse Anspruch.

§. 108.

Folgerungen aus dem Begriffe.

Das Protokoll ist

1) eine nach einer bestimmten Form abgefaßte schriftliche Erzählung. Es unterscheidet sich dadurch von einem Bericht, einem Attestat, einer Species facti etc. womit es in Ansehung der übrigen Merkmale übereinstimmt, wenigstens übereinstimmen kann. Denn auch diese stylistischen Produkte können gleich bei der dadurch beurkundeten Handlung und aus eigener Wahrnehmung verfaßt werden, und auf den nämlichen Zweck gerichtet seyn, wie das Protokoll. Nur die eigenthümliche Form drükt das charakteristische Unterscheidungszeichen aus.

2) Es muß sogleich bei dem Vorgange der Handlung aus eigener Wahrnehmung aufgenommen werden. Es fordert also die Anwesenheit der handelnden und beglaubigenden Personen. Demnach wäre es dem Begriff eines Protokolls zuwider, wenn über das gestern vorgenommene Zeugenverhör erst heute das Protokoll aufgenommen werden wollte, oder wenn der Richter dem bei dem Augenschein nicht gegenwärtig gewesenen Aktuar das Protokoll über den Befund desselben hinterher in die Feder diktirte.

3) Das Protokoll soll dazu dienen, eine glaubwürdige Nachricht der Handlung zu erhalten. Darum sollen die als handelnd erscheinenden Personen dessen Richtigkeit durch ihre Unterschrift bekräftigen.

4) Das Wesen eines gerichtlichen Protokolls beruht in dessen Aufnahme von einer auf dessen Führung vereideten Gerichtsperson. Sollte dasselbe daher von einer unvereideten Person aufgenommen

worden seyn, so würde es wenigstens so lange für nichtig zu halten seyn, als die Beeidigung nicht mit rückwirkender Kraft nachgeholt ist. Auch die Unterschrift der Parteien würde den Mangel eines gerichtlichen Protokolls nicht heben, sondern dieses dadurch nur die Eigenschaft einer Privat-Scriptur erhalten.

Dieß vorausgeschickt betrachten wir nun das Protokoll, welches die Erzählung einer Handlung zum Gegenstande hat,

I. in materieller,

II. in formeller Hinsicht.

In materieller Hinsicht betrachten wir den Gegenstand des Protokolls, oder die erzählte Handlung.

1) subjektiv (das handelnde Subjekt),

2) objektiv (den Umfang des Protokolls).

§. 109.

I. Materie des Protokolls, und zwar 1) in subjektiver Hinsicht.

Das Protokoll ist die Erzählung einer Handlung und zwar

a) einer Handlung des Gerichts selbst; z. B. eines Augenscheins, einer Besichtigung, oder sonst eines Geschäfts, wobei nur das Gericht thätig erscheint, wie bei der Eröffnung eines Erkenntnißes u. s. w. Von diesen Handlungen führen die Protokolle die Namen: Augenscheins-, Visitations-Inventur-Publikations- ꝛc. Protokolle.

b) Das Protokoll kann aber auch schlechthin nur die Handlung einer Partei erzählen, wobei das Gericht in der Regel nicht weiter thätig ist, als daß es das Vorbringen dieser Partei anhört und niederschreiben läßt. Hieher gehört jeder Vortrag,

jede Erklärung einer Partei, die diese eben sowohl auch schriftlich einreichen könnte z. B. eine Klage, ein Gesuch, eine Anzeige ꝛc. Ferner gehören hieher solche Erklärungen, Verschreibungen, ein oder zweiseitige Willens-Erklärungen, die nicht nothwendig einer gerichtlichen Concurrenz bei ihrer Vollziehung bedürfen, sondern in der Regel schlechthin nach dem Vorbringen der Parteien protokollirt werden, z. B. eine Quittung, Cession, Vollmacht, Darlehnsverschreibung ꝛc. Endlich kann aber auch

c) das Protokoll gemischter Art seyn; es können richterliche und Parteihandlungen zugleich dessen Gegenstand ausmachen. Hieher gehören die meisten Protokolle. So kann bei der Einnehmung eines Augenscheins die Vernehmung der Parteien, die Abhör von Sachverständigen und Zeugen vorkommen; bey Schätzungen sind nicht bloß die Schätzmänner in Thätigkeit, sondern auch der Richter durch Beschreibung des zu taxirenden Objekts in dem Protokoll nach eigener sinnlicher Wahrnehmung, so wie durch Belehrung der Schätzleute und Vereidung derselben. Bei Zeugenverhör-Protokollen ist es der Richter, welcher fragend, der Zeuge welcher antwortend thätig ist. Bei fast allen Untersuchungs-Verhandlungen, insonderheit aber bei der Vernehmung der Angeschuldigten, Denuncianten, Damnifikaten ꝛc., bei Instructionsprotokollen in bürgerlichen Prozeßsachen, und bei allen zur richterlichen Mitwirkung geeigneten Verträgen u. dgl. handelt weder der Richter noch die Partei, der Inquisit, der Zeuge ꝛc. allein, sondern alle sind in Thätigkeit.

§. 110.

2) in objektiver Hinsicht, oder Umfang des Protokolls.

In Beziehung auf den Gegenstand der erzähl-

ten Handlung objektiv betrachtet, oder auf den Umfang des Protokolls können darin entweder mehrere subjektiv und objektiv verschiedene Gegenstände behandelt werden, oder nur ein Rechtsgeschäft besonders einer und derselben Partei. Hiernach werden die Protokolle in General- und Specialprotokolle eingetheilt. Indessen giebt es in dem Sinne, wie wir hier das Protokoll nehmen, nur Specialprotokolle, und die Generalprotokolle passen eigentlich nicht in den Begriff vom Protokoll. Man versteht nämlich unter einem General-Protokoll nichts anders als kurzgefaßte Vermerke von allen bei Gericht einkommenden Sachen, und den darauf erfolgten Beschlüssen, die ohne Unterschied des Gegenstandes und der Betheiligten in chronologischer Ordnung geführt werden. In sofern heißen diese Register über die einkommenden Sachen und die Resolutionen darauf auch Geschäftsprotokolle, Ein- und Auslaufs-Journale, Tagezettel und Expeditionsbücher, protocolla rerum exhibitarum et resolutarum. Man rechnet hieher auch diejenigen allgemeinen Protokolle, welche bei versammeltem Gericht über die Vorgänge in demselben (an Raths- oder Sessionstagen) von den Sekretarien *a*) abgehalten worden oder die Sitzungs-Protokolle. Auch diese sind nur kurze, summarische Aufzeichnungen, und nicht förmliche Protokolle.

Generalprotokolle werden indessen auch solche Specialprotokolle von einer gewissen Classe von Ge-

---

a) Bei dem ehemaligen Reichskammergericht hießen dessen Sekretarien wegen dieser Art von Notariats-Funktion, die ihnen in Beziehung auf die Beglaubigung der Collegial-Verhandlungen oblag, Protonotarien.

genständen genannt, die ohne Rücksicht auf subjektive und objektive Verschiedenheit der Geschäfte in einem Bande oder Hefte in ununterbrochener Folge fortgeführt werden. In dieser Bedeutung gehört das Generalprotokoll der gegenwärtigen Betrachtung an, und es gilt von ihm alles, was vom Specialprotokolle zu sagen ist, von dem es sich nur in Ansehung der Art der Sammlung und Aufbewahrung unterscheidet. Als die Geschäfte bei den Gerichten noch einfacher behandelt wurden, als überhaupt noch nicht soviel geschrieben wurde, waren diese Protokolle noch häufiger als jetzt. Dieses Generalprotokoll, auch Gerichtshandelsbuch genannt, enthielt also alle mündlich verhandelte Prozesse nach der Zeitfolge (Klag-Protokoll), oder auch alle Geschäfte der freiwilligen Gerichtsbarkeit einer gewissen Art; daher: Kaufprotokoll, Hypothekprotokoll ꝛc. überall lediglich nach chronologischer Ordnung und sonst ohne Unterschied der Parteien und Vertrags-Objekte hinter einander fort geschrieben. Jetzt hat man dafür gewöhnlich Special-Akten, die nur das zwischen bestimmten Parteien über ein specielles Geschäft Verhandelte enthalten, so wie in streitigen Angelegenheiten nur einem und demselben Prozesse gewidmet sind. In diese Akten werden alle einzelne Stücke: Exhibita mit ihren Beilagen, Protokolle, Dekrete ꝛc. nach der Zeitfolge eingeheftet *a*), numerirt (den Stücken nach bezeichnet, — was man von dem Zeichen □, in welches die

---

a) Geheftet sollten wenigstens überall die Akten werden, um das Verschieben oder gar Verlieren einzelner Piecen zu verhüten. Werden sie zu voluminös, und für die Manipulation mit denselben also unbequemer, so kann man sie ja in mehrere Bände vertheilen.

Nummer geschrieben wird, auch quadraguliren heißt —), paginirt oder foliirt (den Seiten oder Blättern nach bezeichnet). Jedes dergleichen Aktenstück *a*) wird besonders überschrieben, z. B.

Akten des Landgerichts Erlangen, die Regulirung des Nachlasses des N. zu N. betr.

und mit einem voranstehenden Verzeichniß der darin enthaltenen einzelnen Stücke (rotulus, Renner, series actorum genannt) versehen.

§. 111.

Fortsetzung; die s. g. Registraturen.

Eine eigene Art — so zu reden minder zierlicher — Protokolle sind die sogenannten Registraturen. Man versteht darunter die nach Art eines Protokolls gemachten schriftlichen Aufzeichnungen, die bloß nachrichtlich von Amtswegen aufgenommen und zu den Akten gelegt werden. Es finden dabei nicht alle bei Protokollen vorgeschriebene Förmlichkeiten Statt; namentlich bedarf es nicht der Unterschrift der Parteien, da eigentlich hier nur das Gericht handelt, auch der Partei kein Präjudiz daraus erwachsen kann. Hieher gehört also z. B. eine Registratur über die Ertheilung einer von einer Partei erbetenen Abschrift oder sonstige Vormerke, die nur auf den Geschäftsgang Bezug haben; auch Insinuations-Anzeigen und ähnliche Meldungen des Gerichtsboten. Doch ist es hier in der Ordnung, den Boten die Registratur unterschriftlich anerkennen zu lassen, und überhaupt rathsam, so bald eine Partei han-

---

a) Unrichtig von Einigen Akt genannt; der Singular ist nicht gebräuchlich.

handelnd auftritt, wenn sie auch nur eine Abschrift sich erbittet, oder eine Erinnerung, Sollicitation ꝛc. vorbringt, sie diese Registratur unterschreiben zu lassen. Auf diese Weise kann sie hinterher wenigstens in Ansehung der Zeit ihres Erscheinens (was denn doch oft nicht unwesentlich seyn kann) keine Einwendungen machen. Das Unterschreiben eines Namens hat keine Schwierigkeit, und es muß auch ein verpflichteter Mann nicht ohne Noth es darauf ankommen lassen, daß sein Pflichteid das einzige Merkmal der Glaubwürdigkeit einer Handlung ist.

§. 112.

II) Form des Protokolls, und zwar α) äussere.

In Rücksicht auf die Form des Protokolls betrachten wir theils seine äussere, theils seine innere. In Beziehung auf erstere merken wir:

1) Es wird gewöhnlich *a*) auf einem der Länge nach oder senkrecht halbgebrochenen Bogen (zu halbem Stande) geschrieben, so daß die linke Seite leer bleibt.

2) Es fängt mit dem Ort und Datum der Verhandlung an, mit folgender Formel: „Geschehen (oder Verhandelt oder Actum) Erlangen im königl. Landgericht am 7. Febr. 1820." Am Schlusse wird statt der Wiederholung des Datums ꝛc. gesetzt: geschehen wie oben oder *actum ut supra* (abgekürzt: g. w. o. — a. u. s.)

---

a) Nothwendig gehört es nicht zur äussern Form; es wäre sogar nichts daran gelegen, wenn man den nur verführerischen breiten Rand ganz wegließe, und die ganze Breite des Blatts beschriebe.

3) Bei dem Eingange links oben auf der leeren Halbseite werden die gegenwärtigen Gerichtspersonen bemerkt: Gegenwärtige — der königl. Landrichter N. — der vereidete Aktuar (oder verpflichtete Protokollführer) N.

4) Es besteht

a) aus dem Eingange, welcher die Veranlassung der Protokollsaufnahme ausdrückt, also das Erscheinen der Parteien, ihre im Allgemeinen erklärte Absicht und die Art, wie man sich von ihrer Identität und Geschäftsfähigkeit (§. 35. 36. ff.) überzeugt hat; also: Es erscheint der Bierbrauer NN. aus N. und bittet eine Quittung von ihm zum gerichtlichen Protokoll zu nehmen, welchem Ansuchen, da derselbe dem Landrichter von Person wohl bekannt, auch rücksichtlich seiner Dispositionsfähigkeit kein Hinderniß bekannt ist, wie folget, willfahrt wurde. Derselbe erklärt: ꝛc.

b) aus dem Inhalte des Protokolls, oder was in vorstehendem Beispiele der Bierbrauer N. erklärt hat; nebst den etwaigen Erinnerungen des Gerichts;

c) aus dem Schlusse oder dem Vermerke der Vorlesung, Genehmigung und Unterschrift des Erklärenden, hiernächst der Unterschrift des Gerichts:

„Vorgelesen, genehmigt und unterschrieben:

N. N.

geschehen wie oben

N. Landrichter.

N. Aktuar.

Nach der Verfassung einiger Gerichte wird auch noch das Gerichtssiegel oder der Gerichtsstempel beige-

druckt, was jedoch nicht zur allgemein angenommenen äussern Form gehört.

5) Besteht das Protokoll aus mehrern Bogen, so ist es rathsam, dasselbe mit einer dünnen Schnur, deren Enden dann mittelst des Gerichtssiegels auf der letzten Seite befestigt werden, zusammenzuheften.

6) Wo nicht nach Beschaffenheit des Gegenstandes Stempelpapier vorgeschrieben ist, bedient man sich dem Herkommen nach zu den Protokollen des Conceptpapiers. Da das Protokoll gerade zu den wichtigsten Urkunden gehört, so ist dieser Gebrauch eben nichts weniger als zweckmäßig. Man muß daher wenigstens für eine gute, dichte und nicht durchschlagende Sorte Conceptpapier sorgen. Auch darf man nicht zu weit auf den Rand hinausschreiben, damit, wenn sich derselbe in den Akten abstößt, keine Beschädigungen an der Integrität des Protokolls entstehen *a*).

§. 113.

β) innere Form und wesentliche Erfordernisse der Glaubwürdigkeit eines gerichtlichen Protokolls.

Ausser dem, was vorhin schon in den Corollarien §. 108. bemerkt worden, ist noch folgendes hier zu erinnern:

---

a) Dieß kann überhaupt verhütet werden, wenn mittleres Format genommen und die Bogen wenigstens zur Seite am Rande beschnitten werden. Zweckmäßig ist in Baiern einerlei Aktenformat vorgeschrieben, indem alle Eingaben und Ausfertigungen auf Papier von gleichem Formate (17 Zoll Höhe und 14 Zoll Breite) gefertigt werden müssen. Reg. Bl. 1808. S. 1676.

Das Protokoll fordert

1) nach seinem Begriffe (§. 107.) die Gegenwart des Protokollirenden, und das gerichtliche insonderheit die Gegenwart einer richterlichen Person und eines vereideten Protokollführers. Die Gegenwart beider ist unerläßlich, weil ohne den Richter der Gegenstand des Protokolls, die erzählte Handlung, nicht vorgehen und ohne den Protokollführer oder Aktuar nicht beglaubigt werden könnte. Unrichtig ist es daher, wie schon oben (§. 30.) erinnert worden, anzunehmen, daß der Aktuar allein, ohne Beiseyn des Richters, ein Protokoll gültig aufnehmen könne. Uebrigens muß der Aktuar auf die richtige Führung des Protokolls ein für allemal vereidet seyn.

2) Eigentlich ist die Bestimmung des Protokollführers, was in seiner Gegenwart verhandelt worden, selbst niederzuschreiben. Allein es gehört in der That viele Uebung und Gewandtheit dazu, den Vortrag der Parteien und die richterlichen Vorhaltungen so aufzufassen und sich gegenwärtig zu erhalten, um, überdieß im Geräusche und unter dem fortdauernden Reden der handelnden Personen, dieß alles mit der nöthigen Correktheit, Bündigkeit und Präcision niederzuschreiben, und so aus einem Chaos oder wenigstens einer ungeordneten Masse von Gedanken ein vollständiges Ganzes zu Papier zu bringen. Ich lasse dahingestellt seyn, ob ehehin die Aktuarien hierin mehr Geschicklichkeit besaßen als heut zu Tage, oder ob man es sonst minder strenge nahm. Nach heutiger Praxis macht man es den Aktuarien leichter, und es ist fast allenthalben gewöhnlich, daß, wenn die Parteien den Vortrag nicht selbst zu Protokoll diktiren können, der Richter dem Aktuar das Protokoll in Gegenwart der Betheiligten laut in die Feder diktirt. Dieß schadet auch der Selbstständigkeit des Aktuars nicht, in des-

sen Gegenwart die ganze Verhandlung vorgeht, und der daher nicht nur im Stande, sondern auch berechtigt, ja durch seinen Eid verpflichtet ist, den Richter genau zu controlliren, und wenn nach seiner Ueberzeugung dieser etwas unrichtiges diktirt, ihm deßfalls Erinnerungen zu machen. Auch muß man der Pflichtmäßigkeit des Mannes zutrauen, daß er seines sonstig subordinirten Verhältnisses ungeachtet sich nicht zu einer ungebührlichen Nachgiebigkeit werde verleiten lassen; und dem Richter, daß er sein Ansehen nicht mißbrauchen werde. Ueberdieß hat diese Methode des Diktirens noch entschiedene Vortheile. Denn erstens tritt während des Diktirens ordentlicher Weise diejenige Stille ein, die zur gründlichen Ueberlegung der Sache nöthig ist; zweitens nehmen die Betheiligten nun ein Interesse *a*) an dem, was laut zu Protokoll diktirt wird, und da dieß drittens langsam hergeht, so bleibt die erforderliche Muße das, was gesprochen wird, bis in die kleinsten Einzelheiten des Ausdrucks zu fassen, während bei einem vorgelesenen Protokolle die Aufmerksamkeit auf viele Punkte zugleich gerichtet ist; endlich und viertens erlaubt das Diktiren ein rechtzeitiges Corrigiren des Ausdrucks, der bei einem von dem Aktuar allein vor sich hingeschriebenen und dann vorgelesenen Aufsatze nicht ohne Weitläufigkeit verbessert werden kann. Auf diese Weise kann man sagen, daß das vom Aktuar allein gefertigte Protokoll auf der Dexterität und Sincerität eines einzigen

---

a) Ich setze voraus, daß der Richter — und auf ihn kommt hier vieles an — durch die Art der Behandlung und durch seine lebendige Theilnahme auch in denjenigen das Interesse neu zu beleben weiß, deren Indifferentismus oben §. 105. Seite 275. gerügt worden.

Mannes beruhe, das vom Richter diktirte aber das Produkt gemeinschaftlicher Thätigkeit Mehrerer sey *a*).

§. 114.

Fortsetzung.

3) Die Unterschrift des Richters und Aktuars unter dem Protokolle ist allein nicht hinreichend, um

---

a) Es ist auffallend, daß dasjenige, was doch allgemein geschieht, nämlich das Diktiren des Protokolls durch den Richter, durch keine ausdrückliche gesetzliche Bestimmung sanktionirt ist, ja daß man nicht einmal die Auktorität der Rechtsgelehrten dafür anführen kann. Nur die preuß. Ger. Ordn. verordnet Th. II. Tit. 2. §. 44. daß der Richter das Protokoll dem Aktuar laut in die Feder diktiren müße. Dagegen bestimmt das preuß. allgem. Crim. Recht 1ster Theil (Crim. Ordn.) §. 40. daß der Aktuar die Verhandlungen, so wie er sie wahrnehme, nach der Anweisung des Richters (?) zu Protokoll verzeichnen müße. Nach dem baier. Strafges. Buch II. art. 40. ist der Aktuar verbunden, „auf alles, was vor Gericht verhandelt wird, aufmerksam zu seyn, solches mit aller Genauigkeit aufzuzeichnen, und nichts zum Protokoll zu nehmen, was nicht wirklich vorgekommen". Hier scheint also der Protokollführer in Ansehung des Niederschreibens lediglich selbstthätig zu seyn. Doch ist nach art. 39. der Richter für die Richtigkeit der Protokolle verantwortlich gemacht, und es wird also nicht fehlen, daß letzterer nicht auf jeder Seite des Protokolls etwas zu ändern findet. Dieß fällt alles weg, wenn der Aktuar nur für das Mechanische des Protokolls, als Schreiber, positiv, für das Uebrige aber nur negativ thätig ist, so nämlich, daß er nicht schreibt, was er nicht selbst mit seinen Sinnen wahrgenommen hat, wenn es ihm auch der Richter vorsagen sollte. Was sollen übrigens die Ausdrücke: der Aktuar führt das Protokoll nach der Anweisung, oder unter Auktorität oder unter der

eine vollständige Beweiskraft besonders in Ansehung der zweiten und dritten Art der Protokolle (§. 109. lit. b. c.) zu bewirken, sondern es muß von allen Anwesenden, welche als redend oder handelnd aufgeführt sind, also von den Parteien, Sachverständigen und Zeugen, nach vorgängiger Vorlesung und erfolgter Genehmigung des Inhalts eigenhändig, und zwar schon zur Vermeidung aller Mißverständnisse bei mehrern Personen von einerlei Geschlechts-Namen auch mit Beifügung des Vornamens unterschrieben werden. Diejenigen, welche als des Schreibens unerfahren nur ein Handzeichen beyzufügen verstehen, unterschreiben mit diesem, und der Aktuar attestirt, daß die drey Kreuze oder worin sonst das gewöhnliche Handzeichen besteht, den Namen des Unterschreibenden bedeuten:

\+ \+ \+ Handzeichen des Melchior Meier, der nicht schreiben kann; attestirts:

N. Aktuar.

Es trifft sich bei Personen niedern Standes nicht selten, daß sie nur ihren Namen schreiben, oder vielmehr nachmalen gelernt haben, sonst aber weder zu schreiben noch geschriebenes zu lesen verstehen. Im Grunde ist es eben so viel, als wenn diese nur ein

---

Leitung des Richters? Lieber nenne man das Kind gleich bei dem rechten Namen. Zweckmäßig schlägt daher auch Herr Staatsrath von Gönner in dem Entw. e. Gesetzb. über d. gerichtl. Verf. I. B. 6. Cap. §. 5. n. 6. S. 121. vor:

> Jede vor Gericht handelnde Person ist berechtiget, ihre Aeusserungen selbst oder durch ihren Vertreter zu Protokoll zu diktiren, in deren Ermangelung dem das Protokoll führenden Richter obliegt, die Aeusserungen der handelnden Person nach ihrem Sinne und Willen genau und getreu in das Protokoll zu diktiren.

Handzeichen zu machen verstünden, und es ist wohl rathsam besonders bei wichtigen Verhandlungen sich zu erkundigen, ob Leute, nach deren Stand und Ansehen eine dergleichen Urkunde sich erwarten läßt, schreiben und lesen können, und wenn denn obiges zutrifft, auch die Unterschrift attestiren zu lassen. In der Regel werden dergleichen Personen auch nicht im Stande seyn, wenigstens nach längerm Zeitverlauf ihre Handschrift gehörig anzuerkennen.

Man streitet noch darüber, ob auch die Vorlesung ein wesentliches Erforderniß des, übrigens gehörig unterschriebenen, Protokolls sey oder nicht? *a)* Daß schon um dieser Controverse willen ein vorsichtiger Richter die Vorlesung nicht unterlassen wird, braucht wohl keiner Erinnerung. Auch wird selbst die Vollständigkeit und Zuverlässigkeit, sey es auch nur in Beziehung auf Incorrektheiten im Ausdruck und in der Construktion, und über alles dieses die rechtzeitige Verbesserung eines möglicher Weise untergelaufenen Irrthums, was nachher alles nicht mehr geschehen könnte, dem Richter Veranlassung genug seyn, die zur allerseitigen Beruhigung gereichende kleine Mühe des Vorlesens sich nicht verdrießen zu lassen.

§. 115.

Verfahren, wenn sich Bedenklichkeiten bei der Unterschrift ergeben.

Es kommt der Fall nicht selten vor, daß eine der handelnden Personen sich weigert, das Protokoll

---

a) Der bejahenden Meinung ist Martin im Lehrb. des rc. Prozesses §. 102. S. 146. (Vte Ausg.) v. Trützschler a. a. O. I. S. 12.; der entgegengesetzten Hommel rhaps. obs. 573. wofür auch im Preußischen eine Entscheidung des Justizdepartements in Stengel's Beiträgen VI. S. 170.

zu unterschreiben, weil sie glaubt, daß etwas für sie Verfängliches darin enthalten sey. Es ist dieses oft, besonders bei Personen aus der niedern Volksclasse, eine Wirkung ihres Mangels an Bildung überhaupt, und an Geschäftskenntniß insonderheit, und des daraus entstandenen Mißtrauens. So weigert sich nicht selten eine von zwei streitenden Parteien der Unterschrift, weil in dem Protokolle Behauptungen ihres Gegners enthalten sind, die sie für unwahr hält, und nun besorgt, es möchte aus ihrer Unterschrift ein Zugeständniß gefolgert werden. Oder sie hat selbst ein Geständniß oder eine Erklärung abgegeben, die ihr Gegner nützlich acceptirt, und möchte nun das Geschehene durch ihre Nichtunterschrift ungeschehen machen. In Fällen dieser, besonders der erstern Art kann die Bedenklichkeit oft durch geeignete Vorstellungen gehoben werden, oft aber auch nicht. Hier muß nun die weigernde Partei erinnert werden, daß wenn sie, ohne grundhaltende Ursachen ihrer Weigerung anzugeben, eigensinnig auf derselben beharre, das Protokoll der nichterfolgten Unterschrift ungeachtet auch gegen sie verbindliche Kraft haben werde. Diese Bedeutung muß dann mit der allenfallsigen Gegenerklärung des Weigernden zu Protokoll genommen werden, und die Sache hat damit ein Ende, da ein weiterer Zwang nicht Statt findet. — Allein von diesem Fall ist eigentlich hier nicht die Rede, sondern

von der verweigerten unterschriftlichen Anerkennung des Protokolls über einen geschlossenen Vertrag oder ein sonstiges Rechtsgeschäft.

Hier kann nämlich die Unterschrift nicht eben so wie dort von kurzer Hand ergänzt werden, sondern sie muß von der Partei wirklich beigefügt, die Handlung durch die Unterschrift bekräftigt werden; wenigstens

kann dieselbe nur durch ein förmlich rechtliches Erkenntniß ergänzt werden.

Es ist an sich keinem Zweifel unterworfen, daß wenn das Rechtsgeschäft erst durch die Unterschrift Gültigkeit erlangt, die Partei noch in dem Augenblicke, da sie die Feder zum Unterschreiben in die Hand genommen, selbige wieder weglegen kann, und daß alsdann das Geschäft eben für nicht zu Stande gekommen anzusehen ist. Man unterscheide indessen:

a) die Partei will das ganze Geschäft oder

b) nur gewisse Modifikationen und Verabredungen nicht gelten lassen.

Auf a) Ist hier α) von einem einseitigen Geschäfte die Rede, so wird dasselbe sofort als nicht geschehen angenommen, und das Protokoll mit der Bemerkung der nicht erfolgten Unterschrift lediglich zu den Akten gelegt. Ist aber β) von einem Vertrag oder ähnlichen Geschäfte die Rede, wo gegenseitig verbindliche Erklärungen abgegeben worden sind; so hat der Richter vor allen die Beweggründe dieses Benehmens sich angeben zu lassen, und wenn sie grundlos erscheinen, und die andere Partei auf der Vollziehung besteht, sich zu bemühen, den sich weigernden Theil durch sachgemäße gütliche Vorstellungen auf andere Gedanken zu bringen. Schlägt jedoch dieses Mittel fehl, so findet, da es nöthig wird, die Gründe der Weigerung rechtlich zu prüfen und darüber förmlich zu entscheiden, sofort kein Zwang zur Unterschrift Statt, sondern die Partei, welcher an der Aufrechthaltung des Geschäfts gelegen, ist an den ordentlichen Richter zur Anstellung der Klage zu verweisen.

Auf b) Hier kommt es darauf an, ob die andere Partei mit der von dem Weigernden zur Bedingung der Unterschrift gemachten Abänderung ein-

verstanden ist, oder nicht. Erstern Falls hat die Sache keine Schwierigkeit, und es wird mit der Aenderung des Protokolls, wie hernach §. sq. auf 4. bemerkt werden wird, verfahren. Im letztern Falle wird es wie oben ad a β gehalten.

§. 116.

Fortsetzung zur innern Form des Protokolls.

Da das Protokoll eine glaubwürdige Nachricht erhalten soll, so muß es

4) so gefaßt seyn, daß sein Inhalt nicht zweifelhaft ist. Dieß gilt nicht nur vom Ausdrucke, sondern auch von der Vermeidung alles dessen, was Verdacht erregen kann. Das Zwischen-Einschalten (interpolatio) und das Ausstreichen muß daher wenigstens an wesentlichen Stellen, das Radiren aber, da es die Erkenntniß des früherhin Dagestandenen verhindert, also noch verdächtiger erscheint, gänzlich vermieden werden. Sind Aenderungen oder Zusätze nöthig, so müssen sie entweder deutlich auf den Rand des Protokolls geschrieben und diese Abänderung gleich dem Protokolle selbst von den Betheiligten unterschrieben werden, oder besser: sie werden am Schlusse des Protokolls vor der Unterschrift angehängt, an der verbesserten Stelle aber, besonders, wenn das Protokoll lang ist, ein Remissiv-Vermerk beigefügt. Die Verbesserung eines aus Versehen unrichtig geschriebenen ausserwesentlichen Worts, eine kleine Correktur für die Construktion eines Satzes kann unbedenklich mit der Feder vorgenommen werden. Das wo? und wann? muß jeden der gesunde Menschenverstand lehren. Nur ausradirt darf auch das gleichgültigste Wort nicht werden.

5) Das Protokoll fordert nach seinem Begriffe ferner, daß es im Zusammenhange mit der dadurch beurkundeten Handlung aufgenommen worden seyn müsse, d. h. entweder bei oder unmittelbar nach derselben. In der Regel erfolgt die Protokollirung der Handlung bei derselben: während der Zeuge spricht, die Partei sich vernehmen läßt, wird dieß niedergeschrieben, und so folgt der Aktuar mit der Feder auch andern Handlungen, z. B. der Schätzung der Mobilien bei einer Inventur. Die Handlung und Protokollirung steht also in der That in einem unmittelbaren Zusammenhang. Es ist indessen der Legalität nicht entgegen, wenn über gewisse Handlungen, weil es nicht anders thunlich ist, die Niederschreibung erst später erfolgt. So wird oft über einen Augenschein, zumal bei übler Witterung, das Protokoll nicht auf dem Felde, sondern erst zu Hause, mit Beiziehung der Interessenten, aufgenommen. Es muß in diesem Falle jedoch das Nöthige an Ort und Stelle vorläufig in die Schreibtafel oder auf sonstige Weise sorgfältig notirt, und unmittelbar darnach das Protokoll verfaßt werden *a*).

6) Ehedem war es durchgehends gewöhnlich, die im Protokoll redend eingeführten Personen im erzählenden Styl, in der dritten Person, sprechen zu lassen. Dieß kann leicht Zweideutigkeiten veranlassen, besonders wenn mehrere relative Sätze in einander geschoben werden, und wenn der Erzählende aus eines andern Munde oder vom Hörensagen spricht, durch den Gebrauch der possessiven Fürwörter und des Conjunktivs. Ohne eine schleppende Wendung ist ein Mißverstand hier schwer zu vermeiden, und auch

---

a) S. Formular Lit. O.

jene Wendung genügt nicht, stört wenigstens das schnelle Auffassen, z. B.: „Er, der Zeuge, habe „gegen den Beklagten nichts weiter geäussert, als daß „ihm, Zeugen, von des Klägers Bruder N. gesagt „worden: sein Bruder, den Kläger meinend, würde „wohl das Haus gekauft haben, wenn ihm nicht „sein, Klägers, Schwiegervater gerathen hätte, er „solle ꝛc. ꝛc. — Hier hatte der Beklagte sich auf das Zeugniß des Deponenten berufen. Zu diesem solle des Klägers Bruder gesagt haben: mein Bruder würde ꝛc. Dieß hatte der Zeuge dem Beklagten erzählt, und dieser ihn hierüber als Zeugen produzirt. Das Ganze muß deutlicher gefaßt werden, allenfalls so: „Zeuge bekundet, der N. Bruder des Klägers, „hatte mir gesagt: mein Bruder — dieß waren seine „Worte — würde wohl das Haus gekauft haben, „wenn ihm nicht sein Schwiegervater gerathen hätte, „er solle ꝛc. Dieß war es, was ich gegen den Be„klagten äusserte und sonst nichts weiter". Ueberhaupt muß sich der Verfasser eines Protokolls vor zu langen Perioden hüten, selbige vielmehr in einfache, leicht verständliche Sätze zergliedern, und wie ein verständiger Erzähler sprechen und sprechen lassen.

Beschluß auf das Protokoll.

§. 117.

Competenz.

Die nächste Operation (§. 101. fine) wann das Protokoll aufgenommen ist, ist der richterliche Beschluß darauf. Da wir hier nur mit nichtstreitigen Rechtsgeschäften zu thun haben, und zwar zunächst nur mit Verhandlungen, die zu ihrer Vollendung

das gerichtliche Anerkenntniß ihrer Gültigkeit oder die Bestätigung und die Verbriefung bedürfen, die auf den Grund des Protokolls erfolgen soll *a*), so geht dieser Beschluß lediglich darauf:

daß die Verhandlung, der Vertrag u. s. w. gerichtlich zu bestätigen und (so und so oft, für den und für den) auszufertigen.

Damit wird denn anerkannt, daß das Geschäft nach allen seinen Beziehungen zur rechtlichen Vollständigkeit gekommen, oder gehörig instruirt sey. Es wird nun zwar damit das Geschäft der Natur der Sache nach nicht über alle künftige Einwendungen erhoben. Denn hier ist nicht der Fall, wo über streitige Rechte nach rechtlichem Verfahren rechtlich erkannt wird, und wo der auch nur formell gerechte Ausspruch, wenn sich die Parteien beruhigen, die unumstößliche Rechtskraft erlangt; hier ändert das Urtheil des Richters über die Beschaffenheit der contrahirten Rechte nichts an deren eigentlichen Beschaffenheit. Weil indessen diese Bestätigung die Vermuthung der Legalität begründen soll, so muß dem Richter zur Erhaltung des Glaubens an seine zweckmäßige Wirksamkeit, ja schon um des Zwecks dieser Wirksamkeit selbst willen, daran liegen, daß er jenes Anerkenntniß der Gültigkeit nicht leichtfertig und übereilt ertheile. Auch haftet er, wenn schon nicht für die materielle, doch wenigstens für die formelle Gültigkeit des unter seiner Mitwirkung zu Stande gekommenen Geschäfts, und hier findet er denn immer bald mehr bald weniger Veranlassung zu einer sorgfältig umsichtigen

---

a) Von der Ausnahme deßfalls bei Testamenten und Erbverträgen, wegen deren eigenthümlicher Form, wird im zweiten Theile die Rede seyn.

Behandlung. Er muß daher, ehe er das Geschäft für gültig und vollendet anerkennt, eine sorgsame Prüfung anstellen (§. 12. ff.) Der Beschluß selbst, oder eben die Bestätigung, setzt aber zu seiner äussern Gültigkeit voraus, daß ihn der Richter selbst, Kraft der von ihm verwalteten Gerichtsbarkeit, erlasse. Hiernach zeigen sich andere Modifikationen der Prozedur, je nachdem das Gericht aus einer richterlichen Person oder aus mehrern besteht (§. 33). Da in dem erstern Falle der Richter es selbst ist, der den Akt instruirt hat, so versteht es sich von selbst, daß er auch ohne weitere Rückfrage, so wie er das Geschäft für vollständig hält, den Beschluß ertheilt. Dieß geschieht denn am zweckmäßigsten in diesem Falle sogleich am Schluße des Protokolls, so bald es von den Parteien unterschrieben ist. Hier wird auch das Nöthige denselben zur etwaigen Ergänzung aufgegeben, wenn sich noch etwas zu erinnern findet, es mag nun die Form oder die Sache selbst betreffen, so wie statt der Bestätigung nach Befinden auch die Nichtstatthaftigkeit hier ausgesprochen und den Parteien sofort verkündigt werden kann (Seite 41).

§. 118.

Fortsetzung.

Wenn das Gericht aus einem ganzen Collegium besteht, so werden dergleichen Verhandlungen gewöhnlich einem Gerichtsmitglied unter dem Namen Deputirter (§. 31.) aufgetragen. Dieser ist dann Instruent Namens des ganzen Collegiums; seine Befugniß geht aber auch nicht weiter als sein Auftrag, und da ihm nur die Instruktion übertragen ist, so kann er nur, was ihm zum Fortgange der Sache

dienſam ſcheint, verfügen, und allenfalſige Ergänzungen anordnen. Keineswegs aber ſteht ihm die Befugniß zu, wovon am Ende des vorigen §. die Rede war, ein Geſchäft als nicht ſtatthaft zu verwerfen, oder die Beſtätigung zu ertheilen. Er muß vielmehr darüber, wenn er ein Collegialmitglied iſt, dem Gericht Vortrag machen, und ſteht er nicht in dieſem Verhältniße, berichten, und den Beſchluß des Gerichts abwarten. Dieß iſt denn auch bei ſolchen Ergänzungen der Fall, die eine unter Vollziehung des Gerichts zu erlaſſende Entſchließung, namentlich die Correſpondenz mit einer andern Behörde, fordern. Das Gericht prüft nun auf den Vortrag des Decernenten (Proponenten), welches auch der Inſtruent ſelbſt, wenn er Gerichtsmitglied iſt, ſeyn kann, die Beſchaffenheit des Akts, und erläßt ſodann den geeigneten Beſchluß.

Auch bei ſolchen Untergerichten, wo eigentlich keine collegiale Verfaſſung Statt findet, dem Richter aber andere Beamte als Gehülfen unter dem Namen, zweite Juſtizbeamte, Aſſeſſoren, Adjunkten oder auch Aktuarien (die nicht bloß für die Protokollführung, ſondern zur Unterſtützung des Richters in den richteramtlichen Funktionen angeſtellt ſind), zugeordnet ſind, findet das Verfahren, wie bei Collegien Statt, indem hier der Richter das Gerichtscollegium vertritt, da ihm, wie dieſem, die Gerichtsbarkeit anvertraut iſt. Jener Gehülfe des Richters legt alſo demſelben, allenfalls mit dem Entwurfe des Beſchluſſes, die Verhandlung vor, und erwartet nun deſſen Expediatur oder ſonſtige Entſchließung.

Ausfertigung der Urkunde.

§. 119.

Concept.

Die Ausfertigung der Urkunde oder des eigentlichen Instruments erfolgt mit Zugrundlegung des Protokolls, und zwar zuerst im Concept, welches, um Raum zu den nöthigen Verbesserungen zu haben, auf gebrochenes Format geschrieben wird. Hierbei kann auf zweifache Art verfahren werden:

1) indem die Urkunde nach dem Inhalt des Protokolls ausgefertigt, oder

2) das Protokoll der Urkunde wörtlich inserirt wird. Die letztere Form hat entschiedene Vorzüge vor der erstern, theils weil dadurch die auf die Redaktion der Urkunde zu verwendende Zeit beträchtlich abgekürzt und die Arbeit erleichtert wird, theils weil nur auf diese Weise allen Irrungen vorgebeugt, das Relatum mit dem Referens dem Empfänger der Urkunde in die Hand gegeben, und der Einwand, daß die Urkunde vom Protokoll abweiche (in welchem Falle der Inhalt des letztern lediglich entscheidet) *a*), beseitigt wird. Was die äussere Form anlangt, so muß man sich nach dem Gebrauche bei jedem Gericht achten, und es kommt dabei nur der Eingang und Schluß zur Sprache. Der erstere drückt den Namen des ausfertigenden Gerichts, der Interessenten und den Gegenstand im Allgemeinen aus. Der Schluß erwähnt der gerichtlichen Bestätigung, und wie oft dann für wen die Urkunde ausgefertigt worden, endlich Ort, Tag und Jahr der Ausfertigung *b*).

---

a) Berger oec. juris L. IV. Tit. 24. th. 6. n. 8.
Mev. P. VIII. decis. 479.

b) Vergl. Form. Lit. P.

§. 120.

Reinschrift.

Das gehörig revidirte und auf weißes, gewöhnlich mit dem vorgeschriebenen Stempel versehenes Papier rein abgeschriebene Concept (Reinschrift, Mundum) macht nun das eigentliche Instrument aus, welches, wenn es aus mehrern Bogen besteht, mit einer seidenen Schnur, deren Enden unter das am Schluß beigedruckte Siegel befestigt werden, zusammengeheftet wird. Die Unterschrift erfolgt von dem Vorstande des Gerichts, bei Gerichten mit collegialer Verfassung auch wohl von den übrigen Gerichtsmitgliedern.

Beilagen.

Formular Lit. A.

Zu §. 26. Seite 73 *a*).

Geschehen Erlangen in dem Königlich Baierischen Landgericht am .... *b*).

In Gegenwart

des Gerichts-Deputirten:

des verpflichteten Protokollisten:

In Gemäßheit der auf die Anmeldung vom .... ergangenen Vorladung vom .... sind zur gerichtlichen Aufnahme eines Kauf-Contrakts *c*) erschienen:

---

a) Wenn dieses und die übrigen Protokoll-Formulare von der gewöhnlichen äussern halbbrüchigen Form (Seite 289.) abweichen, so ist dieß bloß der Ersparung des Raums wegen. Auch wird dasselbe so beim Abdruck zum Gebrauch nicht mehr als einen Bogen in folio einnehmen.

b) Die leeren Zwischenräume, welche hier mit Punkten bezeichnet sind, müßen, wenn man sich hiernach ein Formular drucken lassen will, die verhältnißmäßig nöthige Weite erhalten.

c) Dieses Formular ist nach den gesetzlichen Bestimmungen des preuß. allg. Landrechts eingerichtet. Die Abweichungen nach dem gemeinen Recht werden dessen Brauchbarkeit als das, was es seyn soll, nichts benehmen.

a) verkaufender Seits: . . . . . .
b) kaufender Seits: . . . . . a)
und haben folgendes erklärt:

Der Gegenstand des Vertrags ist . . . . . b).
Der bisherige Besitzer hat das Immobile vermöge . . . . . c) eigenthümlich an sich gebracht, und ist der Besitztitel für ihn unter dem . . . d) im Grund- und Hypothekenbuch Vol. . . . Fol. . . eingetragen.

Zu erinnern ist übrigens in Ansehung der Veräusserungsbefugniß des Besitzers . . . . . e).

Die Lasten und Abgaben, wie sie aus den vorliegenden ältern Kaufbriefen und Gerichtsbüchern hervorgehen und dem kaufenden Theile bekannt gemacht worden, sind folgende . . . . . .

Es verkauft nun der . . . an den . . . das bemerkte Immobile sammt allem seinen Zugehör als sein wahres Eigenthum an . . . für die Summe von . . . . . , wegen deren Bezahlung unter

---

a) Der Punkt der Identität, Vertragsfähigkeit, Legitimation (nach §. 34. ff.) wird hier zugleich erledigt.

b) Hier wird das Immobile mit seinen Zugehörungen summarisch aufgeführt, z. B. der Bauerhof Num. 9. zu Steinbach, wozu gehören: 1) an Gebäuden: ein zweigädiges Haus ꝛc. ꝛc. 2) an Grundstücken: 2 1/2 Tagw. Baumgarten, 36 Tagw. Aecker, 11 Tagw. Wiesen, 20 Tagw. Wald ꝛc. 3) an Gerechtigkeiten: die Schäfereigerechtigkeit auf den Fluren von Steinbach und Nesseldorf.

c) Erwerbs-Urkunde und Modalitäten.

d) Datum der Eintragung.

e) „nichts" — oder: „folgendes ꝛc. —

den Contrahenten folgendes bedungen worden ist: . . . . . *a*)

Ehe man weiter zur Niederschreibung der übrigen Vertragspunkte ging, wurden vordersamst die Contrahenten von folgenden gesetzlichen Bestimmungen unterrichtet *b*):

1) Der Verkäufer muß dem Käufer für die vertragsmäßige Ueberkommung der Sache die Gewährschaft leisten, besonders daß dieser, es sey wegen verschwiegener Lasten, Eigenthumsbeschränkungen oder Schulden, kein mehreres für die erkaufte Sache zu leisten vermüßiget werde, als er vertragsmäßig und nach dem stipulirten Kaufschilling zu leisten übernommen hat.

2) Die Sache muß vollständig und mit allem Zugehör übergeben werden. Ist ein besonderer Anschlag gefertigt und ein Inventarium zum Grunde gelegt worden, so bestimmt dieses, was der Verkäufer zu übergeben hat.

3) Ist dieß aber nicht der Fall, oder in Bausch und Bogen verkauft worden, so kann der Käufer außer den mit der Sache unzertrennbar verbundenen (durch Band, Niet und Nagel befestigten) Stücken noch gewisse bewegliche Sachen als Zugehör in Anspruch nehmen, namentlich der Käufer eines Landguts die Ueberlassung alles dessen, was zur Zeit des geschlossenen Kaufs in oder bei demselben vorhanden, und zum Nutzen oder zur Bequemlichkeit im Betriebe der Wirthschaft erforderlich oder dazu schon bisher

---

a) Wenn es etwa hier im Formular am Raume fehlt, so wird dieß hinten ad E. bemerkt, nnd so nach Gelegenheit hier oder dort ein Remissiv-Vermerk gemacht.

b) Wenn auch gleich bei vielen Kaufsfällen z. B. über ein einzelnes Grundstück mehrere dieser Belehrungen in dem gedruckten Schema ohne Anwendung seyn sollten, so sind sie darum doch nicht vergeblich.

im Gebrauche gewesen ist. Dahin gehören: das Zug-, Nutz- und junge Vieh, die Vorräthe an Früchten, Holz, Dünger ꝛc. — Zu den Pertinenzien eines Hauses gehören die zur Zeit des Kaufs vorhandenen Möbeln, und alles, ohne welches dasselbe nicht bezogen oder bequem bewohnt werden kann.

4) Ist ein Kauf in Bausch und Bogen, d. h. wie alles steht und liegt, abgeschlossen worden, so hat dieß die Folge, nicht nur

a) daß alles, was vorstehendermassen Pertinenzstück heißt, auch ohne besondere Erwähnung als mitverkauft zu betrachten ist; sondern auch

b) daß vom Augenblick des unterzeichneten Contracts an, Nutzungen, Lasten und Gefahr auf den Käufer übergehen, die sonst erst nach der Uebergabe ihn betroffen haben würden; endlich

c) daß weder für Nutzung oder Ertrag, noch für das Ackermaß Gewährschaft geleistet wird, wenn sich bei allenfallsiger Messung auch ein Mehr oder Weniger ergeben sollte, als nach den Urbarien, älteren Kaufbriefen u. s. w. anzunehmen wäre.

5) Die verkaufte Sache geht mit allen Lasten auf den Käufer über, und derselbe muß für alle darauf haftende Verbindlichkeiten, namentlich für alle Hypothekschulden, haften, sie mögen ihm bekannt seyn oder nicht. Der Einwand, daß man das Kaufgeld an den Verkäufer bezahlt habe, um davon die Schulden zu berichtigen ꝛc. kann nur den Regreß an diesen begründen, keineswegs aber dem Dritten entgegengesetzt werden, der als Hypothekgläubiger oder sonst Ansprüche an die Sache hat.

6) Der Käufer kann, um wegen unbekannter Realansprüche gesichert zu seyn, ein Aufgebot nachsuchen.

7) Es ist überhaupt eine sehr mißliche Sache, die Kaufgelder zu zahlen, bevor man von dem Realzustande des erkauften Immobile vollständige Ueberzeugung vor Gericht erlangt. Indessen kann sich der Käufer

auch nicht durch bloße Zurückhaltung des Kaufschillings vor den nachtheiligen Folgen der Nichterfüllung des Vertrags schützen. Er kann vielmehr, wenn Gewährmangel zum Vorschein kommen, nur durch gerichtliche Erlegung einer mit denselben in Verhältniß stehenden Summe des zu zahlenden Kaufgeldes dem Nachtheil der Verzögerung ausweichen.

8) Der Käufer, welcher wegen der Sache von einem Dritten in Anspruch genommen wird, muß, wenn er Gewährleistung von dem Verkäufer fordern will, diesen zur Vertretung gerichtlich vorladen lassen, (ihm litem denunciiren). Ist ein solcher Anspruch eines Dritten schon wahrscheinlich, so ist es rathsam, wegen der Schadloshaltung schon bei Vollziehung des Kaufvertrags Verabredungen zu treffen.

9) Der Käufer kann dem Rechte, Gewährleistung zu fordern, gültig entsagen. Dergleichen Entsagung darf aber nicht auf den Fall ausgedehnt werden, wenn der Verkäufer den Anspruch des Dritten gewußt, und ihn dem Käufer nicht angezeigt, oder wenn er diesen Anspruch durch seine eigenen Handlungen begründet hat.

10) Der Käufer muß, wenn nicht ein Anderes verabredet worden, gegen Empfang der Sache das Kaufgeld sofort bezahlen; selbst wenn Gewährmängel oder Ansprüche eines Dritten zum Vorschein kommen. Er kann sich (n. 7.) nur durch gerichtliche Hinterlegung eines verhältnißmäßigen Theils des Kaufgeldes sichern, sofern nicht der Verkäufer für die Vertretung hinlängliche Sicherheit zu bestellen sich bereit erklärt.

11) Durch die von dem Käufer übernommene Zahlung der Schulden des Verkäufers für Rechnung des Kaufschillings wird der Verkäufer von seiner persönlichen Verbindlichkeit allein nicht frei; er wird nur frei a) durch die vom Käufer erfolgte Berichtigung, oder b) dadurch, daß die Gläubiger ausdrücklich, sich bloß an den Käufer und das erkaufte Gut halten zu wollen, erklären.

12) Mit dem erweislichen Einwande der Verletzung über die Hälfte, oder daß der Werth der Sache nicht der Hälfte des Kaufpreises gleich komme, kann auch selbst ein gerichtlicher Kaufcontract umgestoßen werden; es kann aber auch der Käufer, wenn er sich dieses Einwands gerichtlich begiebt, damit in der Folge nicht weiter gehört werden.

Die Contrahenten wurden hierauf aufgefordert, sich auf folgende Fragen zu erklären:

A) Haben die Contrahenten bei dem Kauf einen Anschlag oder ein Inventarium zum Grunde gelegt, oder ist der Vertrag in Bausch und Bogen geschlossen worden?

B) Welche Zugehörungen soll der Käufer mit der Sache erhalten? — Soll es nach den oben (Nro. 3. und 4. a) bemerkten gesetzlichen Bestimmungen gehen? oder soll der Käufer keine Dreingaben erhalten, als diejenigen, welche ausdrücklich benannt werden? und welche sind dieß?

C) Welche Zeit der Uebergabe ist bestimmt? von wo an sollen Nutzungen und Lasten auf den Käufer übergehen? (s. Nro. 4. b)

D) Sind dem Verkäufer ausser den angegebenen Lasten und Abgaben keine dergleichen, auch keine Ansprüche eines Dritten an die Sache bekannt?

E) Welche auf dem verkauften Immobile haftende Real-Schulden sind dem Verkäufer bekannt? Wie sollen sie getilgt oder der Käufer deßfalls vertragsmäßig sicher gestellt werden?

F) Was ist überhaupt wegen Bezahlung des Kaufschillings ausgemacht worden? Welche Versicherung durch Eintragung oder sonst verlangt der Verkäufer deßhalb?

G) Verlangen die Contrahenten das oben (Nro. 6.) bemerkte Aufgebot und auf wessen Kosten soll es geschehen?

H) Steht Jemanden ein Vorkaufs- oder Einstands-Recht auf dem verkauften Immobile zu? und ist demselben von dem vorgegangenen Kauf gehörige Anzeige gemacht worden?

I) Sind den Contrahenten nicht etwa schon Ansprüche eines Dritten bekannt, die Gegenstand einer Gewährleistung werden könnten? (Nro. 8.)

K) Will der Käufer sich des Einwands der Verletzung über die Hälfte begeben?

L) Was ist sonst noch unter den Contrahenten ausgemacht worden?

Sie erklärten hierauf und zwar auf
auf A) ꝛc. ꝛc.

Lit. B.

Zu §. 33. Seite 90.

Von dem Königl. Stadtgericht N. ist auf das am 16. d. M. zu Protokoll gegebene Gesuch des Bürgers und Maurermeisters Johann Ernst Ziegler, wegen Aufnahme eines mit seiner Frau errichteten Erbvertrags ein Termin auf den 22. d. M. Vormittags 9 Uhr anberaumt worden. Beide Eheleute haben sich daher zur bemerkten Zeit an gewöhnlicher Gerichtsstelle vor dem Abgeordneten des Gerichts, Stadtgerichts-Assessor Winter, gehörig vorbereitet einzufinden. Wenn sie dieser Anweisung

nicht nachkommen, so wird angenommen werden, daß sie ihr Gesuch zurücknehmen wollen, und mit Zurücklegung der Akten und Einziehung der verursachten Kosten von ihnen verfahren werden.

N. den 18. Aug. 1820.

Königl. Stadtgericht.

An
Den Bürger und Maurermeister Joh. Ernst Ziegler u. seine Frau
Dahier

Lit. C.

Zu §. 36. S. 94.

Geschehen N. im K. Stadtgericht am 22. Aug. 1820.

In Gegenwart
des K. Stadtgerichts-Assessors
Winter,
des verpflichteten Protokollisten
Vogel.

Dem Dekrete vom 18. d. M. zu Folge erscheinen
der hiesige Bürger und Maurermeister Joh. Ernst Ziegler und
dessen Ehefrau Regina Margaretha geb. Wendel.
Jener ist dem Deputirten persönlich bekannt, und

diese wurde von dem Stadtgerichtsschreiber Fritze recognoscirt, laut dessen Unterschrift:

Albrecht Fritze St. G. Schreiber.

Die Comparenten wiederholen das Gesuch um Aufnahme des unter sich errichteten Ehevertrags, worüber sie zu einigem Anhalt eine Art von Punktation übergeben. Nach der über ihre persönlichen und Vermögensverhältniße von ihnen eingezogenen Erkundigung haben sich rücksichtlich ihrer Fähigkeit zu dem bezielten Geschäfte keine andere als befriedigende Resultate ergeben; daher man denn auch keinen Anstand hat nehmen können, ihre abgegebene Erklärung, wie folget, niederzuschreiben:

Wir leben beide, sagen sie, schon seit zwanzig Jahren in einer kinderlosen Ehe, und haben auch keine Aeltern mehr am Leben. Um nun auf unsern Todesfall ꝛc. ꝛc.

Lit. D.

Zu §. 37. Seite 96.

Geschehen in dem Königl. Baier. Landgericht Erlangen den 23. May 1820.

In Gegenwart

ꝛc. ꝛc.

Es ist der Bürger und Seilermeister Johann Caspar Hofmann aus Nürnberg, welcher, als dem Gericht unbekannt, von dem Gerichtsdiener Hausmann recognoscirt wurde, laut Unterschrift:

Joseph Anton Hausmann

heute vor dem Landgericht erschienen, und hat folgendes vorgebracht: Mein Vater, der Mühlbesitzer Jakob Hofmann zu Buch, ein Wittwer, hat 3 Kinder, nämlich mich, eine verheirathete Tochter, Anna Maria Weber zu Buch, und einen Sohn Johann Friedrich Hofmann, noch ledig, 26 Jahre alt. Er ist entschlossen, diesem meinen Bruder das Mühlgut verkäuflich abzutreten und zuschreiben zu lassen, welches dieser ohnehin wegen Kränklichkeit des Vaters bewirthschaftet. Auch will mein Vater bey dieser Gelegenheit zwischen uns, seinen 3 Kindern, eine Gleichstellungsberechnung herstellen. Nun ist aber dem K. Landgericht selbst bekannt, daß unser Vater leider seit mehreren Jahren an einer Gemüthskrankheit leidet, die ihn in Verbindung mit einem kränklichen Körper meistens verhindert, seinen Geschäften mit der erforderlichen Geistesfreiheit vorzustehen, jedoch zu Zeiten ganz nachläßt, so daß man nicht nur recht gut mit ihm auskommen kann, sondern derselbe auch in seinen Reden und Thun keine Spur von gestörtem Vernunftgebrauche verräth. Wegen dieser nur abwechselnd eintretenden Verstandes-Abwesenheit, und weil das Haushalten von dem jüngsten Sohn unter Beirath des im Hause sich aufhaltenden Vaters-Bruders Martin Hofmann geführt wird, ist bis jetzt die Zuordnung eines Curators nicht für nothwendig gehalten worden. In einem jener lichten Zwischenräume befindet sich mein Vater gegenwärtig wieder, und er hat gestern erklärt, das bemerkte Geschäft mit uns vornehmen zu wollen, auch selbst die Punkte aufgesetzt, welche bei der gerichtlichen Verhandlung zu Grunde zu legen. Ich bitte nun in seinem und meiner zwei Geschwister Namen das Geschäft bald möglichst vorzunehmen, jedoch zu dem Ende eine Deputation in meines Vaters Be-

hausung abzuordnen, weil ich wohl bemerkt habe, daß derselbe, an sich etwas schüchtern, seit seiner Krankheit noch blöder geworden, und besonders vor mehrern Personen oder wohl gar vor Gericht zu erscheinen sich sehr ungern entschließt. Eben deßwegen muß ich wünschen, daß die ärztliche Untersuchung seines dermaligen Gemüthszustandes, von deren Nothwendigkeit ich belehrt worden bin, mit möglichster Schonung erfolgen möge. Eine schriftliche Vollmacht habe ich übrigens nicht, doch hafte ich für die Genehmigung des erhaltenen Auftrags. Auf Befragen: welcher Arzt seinen Vater gewöhnlich behandele? versetzt Comparent, daß es der Landgerichts-Arzt D. Metzger sey. — Da derselbe sonst nichts weiter anzubringen hatte, so wurde ihm eröffnet, daß sich der Landrichter morgen früh um 8 Uhr mit dem D. Metzger auf der Mühle zu Buch einfinden werde, weßhalb er seinen Vater sowohl als seine Geschwister auf geeignete Weise in Kenntniß zu setzen, und sonst was zur ungehinderten Vornahme des Geschäfts erforderlich und ihm bekannt gemacht worden sey, zu veranlassen habe.

Vorgelesen, genehmigt und unterschrieben:

Johann Caspar Hofmann.

Von Landgerichtswegen wurde beschlossen, den K. Landgerichts-Arzt Herrn D. Metzger br. m. durch Vorzeigung dieses Protokolls zu der bezielten Untersuchung zu requiriren.

geschehen wie oben

N. Landrichter

N. verpfl. Protokollführer.

Geschehen vor einer Deputation des Landgerichts Erlangen, in der Mühle zu Buch am 24. Mai 1820. Vormittags 10 Uhr.

In Gegenwart

2c. 2c.

Dem Beschluß von gestern zu Folge haben sich heute Morgens die neben benannten Gerichtspersonen hieher verfügt, um nach der nöthigen vorbereitenden Untersuchung, wovon das diesen Morgen mit Zuziehung des Gerichtsarztes aufgenommene Protokoll weitere Meldung thut, den Kaufcontrakt zwischen dem Mühlbesitzer Hofmann und seinem jüngsten Sohn, so wie die hierbei mit zu verhandelnde Auseinandersetzung des Vaters mit den Kindern zum Protokoll aufzunehmen. Hierbei haben sich vor der Gerichtsdeputation folgende, derselben persönlich wohl bekannte, Personen eingefunden:

1) der Gerichtseingesessene Müllermeister Jakob Hofmann, ein Wittwer, 66 Jahre alt;
2) der Bürger und Seilermeister Joh. Caspar Hofmann aus Nürnberg,
3) Anna Maria Weber, geborne Hofmann, Ehefrau des miterschienenen
4) Bäckers und Gastwirths Nicolaus Weber von hier,
5) Johann Friedrich Hofmann, 26 Jahre alt, Müllergeselle;
6) der Bruder des ersten, der im Hause sich aufhaltende ledige Müllergeselle, Martin Hofmann, 56 Jahre alt, Beistand seines Bruders.

Die unter 2, 3, 5 Benannten sind die einzigen Kinder das auf 1. benannten Müllermeisters Hofmann, und sämmtlich vertragsfähig, wovon man sich durch die heute erfolgte vorbereitende Untersuchung auch

sonst aus längerer Kenntniß ihrer Verhältnisse überzeugt hat. — Der ꝛc. Jacob Hofmann erklärt, daß aus Auftrag von ihm sein ältester Sohn gestern vor Gericht erschienen sey, und um die Abordnung einer Gerichtsdeputation zum Zwecke der Aufnahme der beabsichteten kaufsweisen Ueberlassung seiner Mühle an seinen jüngsten Sohn und der Berechnung und Auseinandersetzung mit seinen Kindern überhaupt nachgesucht habe. Auch sey dieses noch jetzt sein unveränderter Entschluß. —

Da sich vermöge der besondern Untersuchung in Ansehung der Geistes- und Willensfreiheit des Jacob Hofmann die erforderlichen befriedigenden Resultate ergeben haben; so fand man keinen Anstand mit Zugrundlegung der von dem Jacob Hofmann vorgelegten Punktation das Geschäft folgendermassen zu Protokoll aufzunehmen:

ꝛc. ꝛc.

Lit. E.

Zu §. 45. S. 118.

Von dem königl. baier. Landgericht Erlangen wird hiermit bezeuget, daß vor demselben laut Protokolls vom heutigen Datum erschienen ist der Tuchfabrikant Hr. Friedrich Christian Schwabe aus Fürth und sich zur Ausstellung der vorstehenden Vollmacht für den königl. Advokaten Hrn. D. Mevius bekannt hat, worüber gegenwärtiges Recognitions-Attest ausgefertigt wird.

Urkundlich unter des Gerichts Siegel und gewöhnlicher Unterschrift.

Erlangen den 17. April 1820.

K. B. Landgericht.

(LS.) N. Landrichter.

Lit. F.

Zu §. 49. Seite 126.

Geschehen vor einer Deputation des Landgerichts Erlangen, Neuhof den 6. April 1820.

Gegenwärtige
der K. Landgerichts-Assessor
Meyer,
der verpflichtete Protokollführer Redlich.

In der Prozeßsache des Müllers Johann Adam Höflich hieselbst wider die Gemeinde, Antheil an zu vertheilenden Gemeindegründen betreffend, hat die nebenbenannte Deputation aus Auftrag des Gerichtsvorstandes auf heute einen Termin anberaumt und sich hieher verfügt, in der Absicht, dem Ansuchen des Gemeindevorstehers Hartmann gemäß, eine Vollmacht für den Anwalt der Commune, Advokaten Heinrich Adolph Berger aus Nürnberg, aufzunehmen, und es sind hierzu die sämmtlich nachbenannten Gemeindeglieder, bis auf zwei, welche verreist sind, nämlich

2c. 2c.

laut

laut der von jedem präsentirten Circularladung gehörig vorgeladen worden. Die Genehmigung zur Prozeßführnng von Seiten der Gemeinde ist im verfassungsmäßigen Wege ertheilt worden, und liegt fol. 15. urschriftlich bei den Akten.

Die hiesige Gemeinde besteht nach der von dem Vorsteher vorgelegten Rolle aus 107 wahlberechtigten Gemeindegliedern. Darunter sind aber 35, welche nur steuerbare Gewerbe treiben und besteuerte Gründe in der Flur ohne ein Haus besitzen, oder s. g. Schutzverwandte (Einlieger), und 6, nämlich in den Hausnummern 79 bis 84, welche s. g. Neuhäuser ohne Gemeinderecht besitzen, also daß nur 66 übrig bleiben, welche Gemeinderecht oder Antheil an den zu vertheilenden Gemeindegründen haben, und somit bei diesem Rechtsstreite betheiligt sind.

Diese sind nach Ordnung der Häusernummern folgende:

Fortlauf. Nummer	Hausnummer	
1	1	Johann Adam Bär, Schmiedmeister,
2	2	Georg Schwarz, Bauer,
—	3	dessen Nebenhaus,
3	4	Lorenz Heinrich Fink, Bauer,
—	5	das Pfarrhaus,
4	6	Franz Prügel, Wagner,
—	7	Nebenhaus des Fink num. 3.
		ꝛc. ꝛc.
66	78	Philipp Reinhard, Bauer,
	79—84	die oben bemerkten sechs Neuhäuser ohne Gemeinderecht.

Die hier benannten 66 Gemeindeglieder waren sämmtlich gegenwärtig bis auf folgende sieben, wegen deren Nichterscheinens folgende Ursachen angeführt wurden: ad num. 8. u. 15. Ziegler und Leikauf sind, wie oben schon bemerkt worden, verreist; ad num. 10.

u. 25. Dorn und Meier sind krank; ad num. 37. Höflich ist ein Bruder des Klägers, und nimmt an dem Streite keinen Theil; ad num. 39. u. 57. Müller und Habermeier sind aus unbekannten Ursachen ausgeblieben.

Die erschienenen 59 Gemeindeglieder haben zwar nicht gleichen Antheil an den zu vertheilenden Gemeindegründen, indem einige derselben ein doppeltes, andere dagegen nur ein halbes, einige nur ein Viertel Gemeinderecht haben; da sie aber alle bei dem Ausfall betheiligt sind, welcher entstehen würde, wenn der Kläger den Prozeß gewänne; so treten sie sämmtlich als Streitgenossen auf. Sie erklären auch Mann für Mann, daß sie zur Vollführung des Rechtsstreits, in Sachen des Müllers Höflich wider die Gemeinde Neuhof, wegen Antheils an zu vertheilenden Gemeindegründen, den königlichen Advokaten Herrn Heinrich Adolph Berger zu Nürnberg zu ihrem Anwalt und Syndikus bei dem königlichen Landgericht Erlangen, oder wohin die Sache sonst rechtlicher Ordnung nach gelangen möchte, erwählt hätten, auch denselben kraft dieß dergestalt bestellt und bevollmächtigt haben wollten, daß Er in dieser Sache an ihrer Statt vor Gericht erscheinen, ihre Rechtszuständigkeiten nach den Regeln des Prozeßganges wahrnehmen, und alles dasjenige thun und verhandeln solle, was die Gerichte von dem Bevollmächtigten einer abwesenden Partei fordern, und was nach Vorschrift der Prozeßordnung in dem Umfange der Befugnisse eines General-Bevollmächtigten liegt, welches alles als von ihnen selbst geschehen hiermit zum voraus genehmigt seyn solle; auch solle in dieser Gewaltsertheilung ausdrücklich die Befugniß begriffen seyn, gegen die ergehenden Entscheidungen die zulässigen Rechtsmittel einzuwenden, die Vollstreckung der

rechtskräftigen Erkenntnisse nachzusuchen, auch im Verhinderungsfalle an seiner Statt einen andern Anwalt zu substituiren. Uebrigens werde gedachtem Herrn Mandatar dieses Auftrags halber, wie sich von selbst verstehe, mit Verhaftung Eines für Alle und Aller für Einen vollständige Schadloshaltung hiermit zugesichert.

Anlangend die Befugnisse 1) Haupteide zu erlassen oder als abgeleistet anzunehmen, 2) dem Prozesse oder dem eingewandten Rechtsmittel zu entsagen, 3) Vergleiche zu schließen, 4) Gelder, ausser den bloßen Prozeßkosten zu erheben und darüber zu quittiren: So behielten sie sich hierüber ihre Entschließung bevor. Weil indessen die Aufnahme der Erklärung der ganzen Gemeinde mit Schwierigkeiten und Kosten verknüpft sey; so wollten sie hiermit den verfassungsmäßig bestellten Gemeinde-Ausschuß, nämlich den ꝛc. ꝛc. autorisiren, die Specialbevollmächtigung auf eine oder sämmtliche bemerkte Gewaltsbefugnisse für den Hrn. ꝛc. Berger oder einen Andern zu beschließen und Namens der Gemeinde zu ertheilen.

Da sich im übrigen nichts zu erinnern fand, so wurde dieses Protokoll vorgelesen und nach erfolgter Genehmigung, mit dem Ansuchen, nunmehr die Ausfertigung des Syndikats zu verfügen *a*), unterschriftlich vollzogen, wie folget:

(Unterschriften.)

---

a) Dieß erfolgt, wie bei jeder andern Urkunden-Ausfertigung (§. 119). Doch kann auch sofort das Original-Protokoll, wenn es zu den Prozeß-Akten gelegt wird, die Stelle der Ausfertigung vertreten.

Lit. G.

Zu §. 60. Seite 155.

Auszug
aus einem Kaufverlautbarungs-Protokoll.

ꝛc. ꝛc.

Von Gerichtswegen bemühete man sich aus allen Kräften, die zwischen dem A. u. B. wegen der Bezahlung der Kaufgelder sich ergebene Meinungsverschiedenheit zu heben. Der Verkäufer A. beharrte aber darauf, daß der Kaufschilling, nachdem schon vor 8 Tagen vorläufig die Uebergabe des verkauften Hauses erfolgt sey, ohne weiters erfolgen müße. Dagegen berief sich der Käufer B. auf eine angeblich mündliche Zusage des A. wornach der Kaufschilling nur zur Hälfte mit 3000 fl. sofort baar bezahlt, der Rest aber noch ein halbes Jahr stehen bleiben solle. Da nun die gütliche Vermittelung durchaus fehlschlug, so wurde den beiden Betheiligten eröffnet, daß bis zur rechtlichen Entscheidung der Differenz das Geschäft der Kaufvertragsvollziehung einstweilen auf sich beruhen müße. Demjenigen von ihnen, welchem an der Beendigung dieser Angelegenheit vornämlich gelegen sey, bleibe es überlassen, den Weg Rechtens sofort mit einer Klage zu betreten.

Der A. äussert, das wolle er heute noch, und bäte seine Klage sogleich zum Protokoll aufzunehmen. Es wurde ihm zu willfahren beschloßen, unterdessen aber die gegenwärtige Verhandlung nach vorgängiger Vorlesung und Genehmigung unterschrieben.

(Unterschriften.)

Lit. H.

Zu §. 64. Seite 167.

Auszug
aus dem Protokoll über den gerichtlich verlautbarten Ehe- und Erbvertrag zwischen ꝛc. ꝛc.

Da die Contrahenten sonst nichts mehr zu erinnern hatten, so wurde denselben von dem Gerichts-Deputirten in Beziehung auf den §. VI. folgendes vorgestellt:

Es sei von ihnen festgesetzt worden, daß der Rückfall, welcher auf den kinderlosen Todesfall unter Jahr und Tag nach der Trauung zum Besten der Verwandten des mit Tod abgehenden Ehegatten bedungen worden, wegfallen und ein Ehegatte den andern allein beerben solle, wenn die Ehe länger als Jahr und Tag dauere. Diese Festsetzung fordere zu ihrer Gültigkeit die Einwilligung der Aeltern der Braut (der Bräutigam ist älternlos) als Notherben. Da aber nur der Vater erschienen ist und in seinem und seiner wegen Krankheit nicht zur Stelle gekommenen Frau Namen die Einwilligung zu der vorbemerkten Verabredung gegeben und auf sein und seiner Frau eventuelles Erbrecht Verzicht geleistet hat; so fordert die Gesetzmäßigkeit und die Sicherheit der Contrahenten, daß auch die Frau, oder die Mutter der Braut, den Verzicht vor Gericht förmlich erkläre. Daran müsse nun vor allen dem Bräutigam liegen, und er habe daher dafür zu sorgen, daß seine künftige Schwiegermutter entweder hieher vor Gericht gebracht oder durch eine in deren Wohnort abzuordnende Deputation vernommen werde. Auffer-

dem sei der künftige Ehemann, der nach der Lage der Umstände allein betheiligt erscheine, nicht für alle mögliche Fälle gesichert, und sein ausschließliches Erbrecht nach den Umständen nur von dem guten Willen seiner Schwiegermutter abhängig.

Es erklärte aber der Bräutigam: er sehe dieses zwar wohl ein, seye aber von der dauernden guten Gesinnung seiner künftigen Schwiegermutter so gut überzeugt, daß er deren gerichtliche Vernehmung nicht verlange, vielmehr auf seine Gefahr sie zu unterlassen bitte. ꝛc. ꝛc.

Lit. I.

Zu §. 71. S. 183.

Actum Erlangen im Landgericht den 19. Aug. 1820.

In Gegenwart
ꝛc. ꝛc.
ꝛc. ꝛc.

Der hiesige Gerichtseingesessene, Bauer Johann Jacob Ehrmann von Uttenreuth hat laut Schuld- und Hyp. Verschreibungs-Protokolls vom 14. d. M. ein Darlehen von 3000 fl. von der Kirchenstiftung zu Kalchreuth aufgenommen, um damit die auf seinem Gute haftenden 1800 fl. an den Bierbrauer Bast dahier, und 1200 fl. an den Großpfragner Mühlbauer zu Nürnberg abzutragen. Um nun dieses Darlehen und die Verschreibung, dann die Eintragung des Vorlehens der 3000 fl. ordnungsmäßig zu realisiren,

hat man mit dem ꝛc. Ehrmann und der Kirchenstiftung das Nöthige verabredet, und es haben sich heute vor Gericht eingefunden:

der Bauer Joh. Jacob Ehrmann,
der Kirchenstiftungs-Pfleger Franz Haas von Kalchreuth,
der Bierbrauer Conrad Bast,

sämmtlich dem Gerichtsdeputirten wohl bekannt, und der Haas insonderheit nach den Akten als Kirchenpfleger hinlänglich legitimirt. Das Geschäft wurde nun folgendermassen verhandelt:

I) Erlegte der ꝛc. Haas das Vorlehen der 3000 fl. folgendermassen:

1200 fl. mit dem vor dem königl. Kreis- und Stadtgericht Nürnberg unter dem 17ten d. M. gerichtlich quittirten Hypotheken-Instrument des Großpfragners Peter Friedrich Mühlbauer zu Nürnberg d. d. Erlangen den 2. Febr. 1814. Die Zinsen hat der Schuldner Ehrmann aus eigenen Mitteln berichtigt.

1800 fl. wurden von dem ꝛc. Haas baar aufgezählt, und zwar

1000 fl. in Kronthalern zu 2 fl. 42 kr.
700 fl. in Conventions 24 kr. Stücken
100 fl. in 12 kr. Stücken.

II) Der ꝛc. Bast hat zu fordern 1800 fl. Kapital auf Hyp. Instr. d. d. Erlangen den 5. Nov. 1812. zu 5 Prozent und 67 fl. 30 kr. $\frac{3}{4}$jährige Zinsen zu 5 Proz. Derselbe ist bereit, gegen Empfang des Kapitals über die ganze Schuld mit Rückgabe des Obligations-Instruments zu quittiren und in die Löschung im Hyp. Buch zu willigen, indem er sich wegen der Zinsen, mit Begebung jedes An-

spruchs an das ihm verpfändet gewesene Gut lediglich an die Person des ꝛc. Ehrmann halten, auch demselben die gebetene Nachsicht auf 4 Wochen gestatten will.

Nach erfolgter Quittirung auf dem zurückgegebenen Instrumente wurden dem Bast die 1800 fl. baar zu Handen gestellt.

III) Der Ehrmann stellt nun das Ansuchen:

1) die beiden Posten von 1200 fl. u. 1800 fl. im Hyp. Buche zu löschen, und
2) nach zurückbehaltenen Abschriften der Quittungen ihm die getilgten Instrumente zurückzugeben;
3) das Darlehen von 3000 fl. der Kirchenstiftung zu Kalchreuth auf seinen Hof N. 3. zu Uttenreuth gemäß des, auf den Grund des Schuld- und Hypothekverschreibungs-Protokolls vom 14. Aug. curr. und des heutigen Protokolls auszufertigenden Obligations-Instruments in das Hyp. Buch einzutragen, und dem Instrument den Recognitions-Hypothekenschein beizufügen, bis dieß erfolgt seyn werde aber
4) dem Stiftungspfleger Abschrift des heutigen Protokolls statt Interimsquittung einzuhändigen.

Auch der Bierbrauer Bast erbat sich Abschrift dieses Protokolls.

Da sich sonst nichts zu erinnern fand, so wurde dieses Protokoll vorgelesen, und nach erfolgter Genehmigung unterschrieben.

(Unterschriften.)

Lit. K.

Zu §. 73. Seite 188.

Aus
der allgemeinen Gerichtsordnung für die preuss. Staaten.
Th. II. Tit. 2.

§. 37.

Wenn einer oder beide Theile, welche die Handlung vornehmen wollen, der deutschen Sprache nicht mächtig sind, so kommt es darauf an: ob die beiden Gerichtspersonen, von welchen die Handlung aufgenommen wird, die fremde Sprache der Parteien hinlänglich verstehen, und sich darin verständlich ausdrücken können; oder ob es diesen, oder auch nur einem von ihnen, an einer solchen Kenntniß und Fertigkeit ebenfalls ermangle. Erstern Falls kann der Aktus von diesen Gerichtspersonen allein gültig vorgenommen werden. Letztern Falls hingegen, wie auch überhaupt, wenn eine der deutschen Sprache nicht mächtige Partei es verlangt, muß, außer dem Richter und Protokollführer, auch noch ein vereideter Dolmetscher zugezogen werden. Dieser muß die Anträge der Parteien in der Sprache, deren sie mächtig sind, von ihnen aufnehmen, sie dem Richter in der deutschen Sprache erklären, nach seiner Anweisung die Parteien weiter vernehmen, und solchergestalt die zur gehörigen Vollziehung des Aktus nöthigen Nachrichten und Willenserklärungen herbeischaffen. Wenn alsdann der Richter zur Aufnehmung des Protokolls schreitet, so muß zu gleicher Zeit, da er das-

selbe dem Protokollführer deutsch in die Feder diktirt, der Dolmetscher eben dasselbe in der Sprache der Parteien niederschreiben; diese Uebersetzung muß demnächst den Parteien vorgelesen, und von ihnen, mit dem deutschen Protokolle zugleich, unterzeichnet werden. Eben so muß, wenn beide der fremden Sprache hinlänglich mächtige Gerichtspersonen den Aktum ohne Dolmetscher vornehmen, die Verhandlung von dem einen in der deutschen und zugleich von dem andern in der fremden Sprache niedergeschrieben, mit der Vorlesung und Unterzeichnung aber es eben so, wie in dem vorgedachten Falle, gehalten werden.

§. 38.

Daß bei Aufnehmung der Testamente von Personen, welche der deutschen Sprache nicht kundig sind, zwei Dolmetscher, oder wenigstens Ein Dolmetscher und Ein Zeuge zugezogen, und wie überhaupt dabei verfahren werden müsse, ist im Landrechte vorgeschrieben (Th. I. Tit. XII. §. 124 — 142.)

§. 39.

Bei Handlungen unter Lebendigen ist die Zuziehung Eines Dolmetschers hinreichend, wenn eine der contrahirenden Parteien der deutschen Sprache mächtig; oder wenn eine der Gerichtspersonen der fremden Sprache kundig ist; oder wenn der Gegenstand nur hundert Thaler oder weniger beträgt; oder wenn beide der deutschen Sprache unkundige Parteien sich über einen gemeinschaftlichen Dolmetscher vereinigen. Außer diesen Fällen müssen, wenn zwei oder mehrere Parteien nicht Deutsch verstehen, eben so wie bei Testamenten, zwei Dolmetscher, oder doch Ein Dolmetscher und Ein Zeuge zugezogen werden.

§. 40.

Bei größern Gerichten, wo die Fälle, daß Handlungen in einer fremden Sprache aufzunehmen, und Uebersetzungen aus einer solchen Sprache zu veranstalten sind, öfter vorkommen, müssen dazu ordentliche Dolmetscher förmlich bestellt und ein für allemal vereidet werden. Die Gerichte müssen dazu Subjekte aussuchen, die wegen ihrer Kenntniß der fremden Sprache, so wie in Ansehung ihrer Rechtschaffenheit und untadelhaften Aufführung, in allgemein gutem Rufe, oder mit glaubwürdigen Atteſten versehen sind. Diese Subjekte müssen von Männern, deren Sprachkenntniß unbezweifelt ist, ordentlich geprüft; diese Prüfung aber nicht bloß darauf: ob der Candidat die fremde Sprache nur nothdürftig verstehe und sprechen könne, sondern darauf gerichtet werden: ob seine Kenntniß beider Sprachen dergestalt vollständig und gründlich sey, daß er nicht bloß in alltäglichen Geschäften des gemeinen Lebens, sondern auch in wichtigern und minder gewöhnlichen Fällen, den Sinn der Parteien, oder den Verstand der Dokumente, richtig fassen, und dem Richter eben so, zuverlässig und bestimmt, erklären und darlegen könne. Dergleichen Dolmetscher müssen von Obergerichten dem Chef der Justiz, von Untergerichten aber dem Landes-Justizcollegio der Provinz, mit Beifügung der beigebrachten Atteſte, und des Examinationsprotokolls vorgeschlagen und nach erfolgter Approbation dahin vereidet werden:

daß sie die in der fremden Sprache vorgetragenen Angaben, Erklärungen und Antworten der Parteien, ingleichen den Inhalt der in dieser Sprache abgefaßten Schriften und Urkunden, in die deutsche Sprache; eben so aber auch die den Parteien vorzulegenden Fragen, Bekanntmachun-

gen und Andeutungen, oder den solchen Parteien zu eröffnenden Inhalt deutscher Schriften und Dokumente aus der einen in die andere Sprache treu, richtig, vollständig, ohne etwas dazu oder davon zu thun, übersetzen, und mit gewissenhafter Sorgfalt dahin sehen wollen, daß in jedem Falle der wahre Sinn, und die eigentliche Meinung der Parteien, oder der wahre Inhalt der zu übersetzenden Schriften, dem Richter, so wie die Aeußerungen und Erklärungen des Richters, den Parteien bekannt werden.

§. 41.

Bei Gerichten, wo keine beständige vereidete Dolmetscher angestellt sind, muß der in jedem besondern Falle zuzuziehende Sprachkundige von dem Richter, mit Beihülfe eines Sachverständigen, geprüft, und mit vorstehendem Eide, nach Beschaffenheit des Falles selbst, belegt werden.

Lit. L.

Zu §. 84. Seite 216.

Belehrung
einer Frauensperson bei Interceſſionen
und zwar:
I) Bei Verschreibungen für ihren Mann als Mitschuldnerin.

2c.

Hierauf ist der Ehefrau des Schuldners in Gegenwart des mit zur Stelle gebrachten rechtlichen

Beistandes die vorgeschriebene Belehrung und Verwarnung dahin geschehen:

wenn eine Ehefrau für ihren Mann sich verbürge, oder mit ihm und zu dessen oder auch zum gemeinschaftlichen Besten eine Verbindlichkeit übernehme; so habe dieß eigentlich keine Gültigkeit, wofern es nicht, wie hier, gerichtlich, und nach vorgängiger genüglicher Belehrung über die Folgen einer solchen Verschreibung geschehe. Diese Folgen wären: daß dem Gläubiger frei stehe, sich an ihr eigenthümliches Vermögen wegen des vorgeliehenen Kapitals, der Zinsen und Kosten eben so gut zu halten und sich daraus bezahlt zu machen, als aus dem Vermögen ihres Ehemannes. Sonst gelte zwar die rechtliche Vermuthung: wenn eine Manns- und Frauensperson sich in einem Instrumente als Selbst- oder Mitschuldner verpflichtet haben, so sey die Mannsperson Hauptschuldner, die Frauensperson aber nur Bürge, diese Vermuthung käme ihr aber hier nicht mehr zu Statten; der Gläubiger sey auch befugt, ihr, der Ehefrau, Vermögen eher als das besonders verpfändete Grundstück, oder das Vermögen ihres Ehemannes anzugreifen; sie könne kein Vorzugsrecht in den Gütern ihres Ehemannes, noch eine vorzügliche Befriedigung aus demselben verlangen, bevor dieses Anlehen mit Zinsen und deßhalb verursachten Kosten getilgt wäre, auch sey endlich der Gläubiger berechtigt, im Fall er aus dem verpfändeten Vermögen nicht befriedigt werden könne, sich an ihre Person selbst zu halten, und sie so lange zum Gefängniß bringen zu lassen, bis er seine völlige Befriedigung an Kapital, Zinsen und allen Kosten erhalten habe.

Sie wisse nun die Folgen ihrer Verschreibung, und könne, wenn sie wolle, jetzt noch zurücktreten.

Dieselbe hat hierauf erklärt: ꝛc. ꝛc.

II) Bei Bürgschaftsleistungen.

ꝛc. ꝛc.

Die Sempronia wurde in Gegenwart ihres Rechtsbeistandes belehrt:

durch eine Bürgschaftsleistung übernimmt man die Verpflichtung, für die Schuld eines Andern zu haften, wenn dieser, der Hauptschuldner, selbige nicht bezahlen sollte. Es kann sich zwar der Gläubiger an den Bürgen in der Regel nicht eher halten, als bis der Hauptschuldner, seine Verbindlichkeit zu erfüllen, ganz oder zum Theil unvermögend ist. Der Bürge hat also, wenn er früher in Anspruch genommen wird, den Einwand, daß der Hauptschuldner zuerst angegriffen werden müße, welches man den Einwand der Vorausklagung nennt. Der Gläubiger kann sich jedoch zuerst an den Bürgen halten, wenn dieser auf jenen Einwand verzichtet, oder auch sich als Selbstschuldner verpflichtet hat.

Es ist also die Uebernahme einer Bürgschaft ein sehr bedenkliches Unternehmen, und die Gesetze haben aus gewissen Rücksichten die Bürgschaft einer Frauensperson in der Regel für unverbindlich erklärt. Nur dann soll sie verbindliche Kraft haben, wenn die Frauensperson, wie hier geschehen, über die Folgen einer Bürgschaft und die deßfallsigen gesetzlichen Begünstigungen des weiblichen Geschlechts vor Gericht belehrt worden, und dann auf diese Begünstigungen (weibliche Rechtswohlthaten) Verzicht gethan hat, was natürlich durchaus von ihrem freien Entschluße abhängt.

Hierauf wurde die Sempronia gefragt, was nun ihr Entschluß sey? Worauf dieselbe erklärte: ꝛc. ꝛc.

III) Bei hypothekarischen Prioritäts-Einräumungen.

2c. 2c.

Der Tullia wurde hierauf in Gegenwart ihres Beistandes, des Notars Schilter, folgendes vorgehalten;

Sie haben so eben die Erklärung gemacht, daß Sie dem Kaufmann Mevius rücksichtlich seines Hypothekvorlehens an Ihren Bruder von 1500 fl. das Vorzugsrecht vor Ihrer Erbgutforderung von 1200 fl. einräumen, und dieß in dem Hyp. Buche vormerken lassen wollten. Auf dem Ihnen verhypothezirten Hause ihres Bruders haften folgende Schulden:

1) 2000 fl. Darlehen der Papierfabrikanten-Wittwe Caja,
2) 1200 fl. Ihr Erbgut,
3) 1500 fl. Darlehen des 2c. Mevius,

4700 fl. Summa. Wenn sich nun über kurz oder lang ergäbe, daß aus dem Hause keine 4700 fl. und was die rückständigen Kapitalzinsen etwa noch weiter betragen, erlöst würden; so würde der Verlust zuerst den Mevius treffen, und dann erst Sie. Nach Ihrer Erklärung aber, wornach Sie dem Mevius vor Ihrer Forderung das Vorrecht bewilligen, ist dieß nun ganz anders. Der Verlust trifft Sie zuerst; denn Mevius rückt Kraft jener Erklärung in die zweite Stelle und Sie in die dritte, und weil bei der Unzulänglichkeit der Masse die Gläubiger nach der Ordnung der Eintragung befriedigt werden, und der folgende nicht eher zur Hebung gelangt, bis der vorhergehende auf Kapital und privilegirte Zinsen befriedigt ist; so ist klar, daß die Einbuße nun zu-

nächst Sie trifft, und Sie sich also eines wichtigen Vorrechts begeben. Sie haben nun noch die Freiheit, obige Erklärung sich reuen zu lassen und sie zurückzunehmen; späterhin aber, und wenn Sie jetzt darauf beharren, nicht mehr. ꝛc. ꝛc.

Lit. M.

Zu §. 92. S. 243.

Resolution.

Ehe auf den zum Protokoll vom 5ten d. M. gemachten Antrag weitere Entschließung erfolgen kann, hat die Bäckerswittwe Kraus folgende Anstände zu beseitigen:

1) was den Tauschvertrag mit dem Bierbrauer Lauterbach anlangt, so ergiebt sich aus dem Hypoth. Buche, daß der Lauterbach dieses Grundstück bei der Theilung des älterlichen Nachlasses mit seinem Bruder und Miterben Johann Lauterbach unter der Bedingung des Wiederverkaufs binnen 3 Jahren am 15. Jul. 1818. für 700 fl. angenommen. Diese Frist ist noch nicht abgelaufen, auch der Wiederkaufsvorbehalt noch nicht im Hyp. Buche gelöscht. Daher muß dieser Anstand vor allen Dingen beseitigt werden, indem derselbe dem Uebergange des Eigenthums auf die ꝛc. Kraus im Wege steht.

2) Da die an den Lauterbach zu vertauschende Wiese der ꝛc. Kraus gleich ihren übrigen Besitzungen für das Kaufmann Schneiderische Vorlehen der 2000 fl. und für das Vatergut ihrer Kinder mit verpfändet ist, so ist, wenn dem Lauterbach das Grundstück

schul-

schuldenfrei übergeben werden soll, erforderlich, daß die Hypothekengläubiger ihres Rechts darauf förmlich sich begeben.

3) Um wegen Auszahlung der 1200 fl. Peculium ihrer Kinder als Vorlehen das Weitere beschließen zu können, ist vor allen eine nähere Prüfung der angebotenen Sicherheit mit Zuziehung des Vormundes Specht erforderlich; auch hat die ꝛc. Kraus ihren Bruder ꝛc. Nagel mit zur Stelle zu bringen, und derselbe sich wegen der Tüchtigkeit der von ihm aufrecht zu machenden Caution gebührend auszuweisen. Da es hierbei auf seine Begüterung ankommen wird, so hat er von dem Patrimonialgericht Buckenhof, wohin dessen Mühle gehört, vorsorglich einen Informations-Hypothekenschein beizubringen.

Um diese Angelegenheiten gehörig zu instruiren, hat sich nun die Bäckerswittwe Kraus mit dem Bierbrauer Lauterbach, dem Vormund Specht und dem Müller Nagel am 10. Aug. Morgens 8 Uhr vor dem Landgericht einzufinden und den benannten Personen so wie dem Kaufmann Schneider zu Nürnberg von dieser Verfügung Kenntniß zu geben. Der Letztere kann den Umständen nach seine Erklärung vor seiner Gerichtsbehörde abgeben, wovon sodann beglaubte Abschrift vorzulegen ist.

Erlangen am 18. July 1820.

K. Baier. Landgericht.

An
die Bäckerswittwe
Dorothea Kraus
zu
Baiersdorf.

Lit. N.

Zu §. 92. S. 243.

Geschehen Erlangen im Landgericht
am 10. Aug. 1820.

In Gegenwart
des Königl. Landrichters
D. Puchta,
des Rechtspraktikanten
Barth als verpflichteten
Protokollführers.

Zur Befolgung des Dekrets vom 18. July wegen Substantiirung des von der Bäckerswittwe Kraus aus Baiersdorf angezeigten Wiesentausch- und Geldaufnahms-Geschäfts sind heute vor Gericht erschienen:

1) die Bäckerswittwe Dorothea Kraus aus Baiersdorf,

2) der Schuhmachermeister Heinrich Roth von da, als Beistand derselben,

3) der Färbermeister Friedrich Specht aus Erlangen, Vormund der Krausischen Kinder,

4) der Bierbrauer Wolfgang Lauterbach aus Bubenreuth,

5) der Müller Adam Nagel aus Buckenhof.

Sämtliche Comparenten, bis auf den Beistand Roth, welchen jene als denjenigen, wofür er angegeben ist, recognosciren, sind dem Gericht persönlich bekannt.

Nach Eröffnung des Zwecks der heutigen Verhandlung erklären sämtliche Erschienene daß sie davon zur Genüge unterrichtet seyen, und die Wittwe Kraus wiederhohlt ihren am 16. July zu Protokoll gemachten Antrag, welchem der Bierbrauer Lauter-

bach, so weit er ihn angeht, beitritt, indem er den fraglichen Wiesentausch-Contrakt als mit der Wittwe Kraus vorläufig aussergerichtlich verabredet, bekräftigt. Derselbe erklärt ferner: was den Wiederverkaufsvorbehalt meines Bruders Johann Lauterbach anlangt, so wird die Löschung desselben im H. B., worauf ich hiermit den Antrag mache, keinem Bedenken unterworfen seyn. Denn mein Bruder ist laut des Todtenscheins, den ich hier zu den Akten übergebe, am 10. Jan. h. J. gestorben, und weil er keine letzwillige Verordnung errichtet hat, bin ich als einzig nächster Verwandter sein Erbe geworden; habe auch seine Erbschaft ohne Vorbehalt angetreten. Ich stelle dem Gericht anheim, die Notorietät dieses Umstandes allenfalls durch Vernehmung des Gemeindevorstehers näher zu erheben, der heute gerade hier ist.

Man ließ den G. V. Börner vorkommen, und vernahm ihn von kurzer Hand, welcher pflichtmäßig bekundet, daß der am 10. Jan. 1820. gestorbene Joh. Lauterbach neben dem Bierbrauer Wolfg. Lauterbach keine nähere oder gleichnahe Verwandte hinterlassen, auch soviel man erfahren, letzwillig nicht disponirt habe, weßhalb der Wolfg. Lauterbach dessen Verlassenschaft ausschließlich und allein in Besitz genommen, ohne ein Inventarium zu errichten.

Vorgel. genehm. u. unterschrieben.

Severinus Börner.

Entfernt sich; worauf der ꝛc. Lauterbach noch bemerkt, daß er, was die von der Wittwe Kraus eingetauschte Wiese anlange, erwarte, daß sie ihm schuldenfrei übergeben werde.

Die ꝛc. Kraus läßt sich vernehmen: diese Bedingung kann und werde ich erfüllen. Nach der hier

von mir übergeben werdenden beglaubten Abschrift einer Erklärung des Kaufmanns Schneider vor dem K. Stadtgericht Nürnberg zum Protokoll vom 4. Aug. d. J. spricht derselbe das 1. Tagw. Wiese von dem Hypothekverband für sein Darlehen von 2000 fl. frei, und das Stadtgericht hat dieß auf der Obligations-Urkunde bemerkt. Daher bitte ich, das Darlehen auf dem 1. Tagw. Wiese zu löschen. Da sich der rc. Schneider dagegen vorbehalten hat, daß das Darlehen auf die eingetauschten 1 ½ Tagw. Wiese zur Wiederergänzung seiner Hypothek eingetragen werde; so bitte ich das Landgericht ferner, das Geeignete sowohl dießfalls, als wegen gleichmäßiger Umschreibung der Hypothek meiner Kinder zu verfügen, indem der Vormund derselben wohl einsieht, daß er bei diesem Tausche eher gewinnt, als verliert.

Der Vormund Specht erklärt, in Hoffnung der Genehmigung der Obervormundschaft, willige ich ein, daß der väterliche Voraus der Krausischen Kinder auf dem 1 Tagw. Wiese gelöscht und hiernächst auf die 1 ½ Tagw. intabulirt werde.

Da nunmehr der Tauschcontrakt zwischen der Wittwe Kraus und dem rc. Lauterbach keinem Anstande weiter unterworfen, für heute aber zu dessen förmlicher Niederschreibung die Zeit zu kurz ist; so wurde hierzu auf morgen früh um 8 Uhr Termin anberaumt, dieses Protokoll aber, da den Lauterbach die weitere Verhandlung nichts angeht, von ihm nach vorgängiger Vorlesung und Genehmigung unterschrieben.

(Unterschriften).

Nachdem Lauterbach sich entfernt hatte, so wurde mit den übrigen Interessenten wegen des Anlehens an die Wittwe Kraus aus dem Pupillendepositorium

weiter folgendes verhandelt: Vordersamst legt der Müller Adam Nagel aus Buckenhof einen Hypotheken-Schein des Patrimon. Gerichts Buckenhof vor, nach welchem seine Mühle einen Werth von 10,000 fl. hat, und derselbe nicht mehr als 2000 fl. darauf hypothekarisch schuldig ist. Derselbe erklärt:

> Wenn meiner Schwester ꝛc. Kraus das großmütterliche Erbgut ihrer Kinder von zwölfhundert Gulden rhein. aus dem Pupillen-Depositorium des K. Landgerichts Erlangen darlehensweise überlassen wird; so verpflichte ich mich, auf den Fall, daß die von derselben dafür bestellte Sicherheit nicht zureichen sollte, für die richtige Rückzahlung Bürgschaft zu leisten, und diese Caution gleich nach den auf meiner Mühle zur ersten Stelle haftenden 2000 fl. in das Hyp. Buch eintragen zu lassen.

Der Vormund Specht läßt sich vernehmen: ich finde durchaus kein Bedenken dabey, der Kraus die 1200 fl. darlehensweise zu überlassen. Da auf der Besitzung der ꝛc. Kraus

2000 fl. Darlehen des Schneider und
1500 fl. väterl. Voraus der Kinder haften, so muß, um die
1200 fl. aus dem Depositorium mit voller pupillarmäßiger Sicherheit der Kraus zu überlassen, nämlich innerhalb der ersten Hälfte, die Hypothek den doppelten Werth der auf

4700 fl. sich belaufenden Gesammtschuld haben, also
4700 fl. hinzugerechnet,

9400 fl. werth seyn. Wenn man nun auch nur den

mäßigen Annahmswerth von . . . . . 6000 fl.
gelten läßt (der sich bei der Schätzung gewiß um 2000 fl. erhöhen würde, und durch die, eben mit dem Darlehen der 1200 fl. bezielten Verbesserungen sich noch mehr vermehrt); so kommen doch dazu mit der Caution des Nagel, nimmt man sie auch nur innerhalb der ersten Hälfte des unverpfändeten Werths der Mühle (5000 fl. minus 2000 fl.) für tüchtig an . . . . . 3000 fl.

Summa 9000 fl.

und meine Curanden sind also hinlänglich gesichert. Ich trage daher darauf an:

der ꝛc. Kraus die 1200 fl. darlehensweise aus dem Depositorium auszuzahlen.

Von Landgerichts- als Obervormundschaftswegen wurde beschlossen, dem Antrage zu willfahren, die Schuld- und Bürgschaftsverschreibung aufzunehmen, und nach erfolgter Ausfertigung und Eintragung auf die Besitzung der Wittwe Kraus und die Mühle des ꝛc. Nagel resp. durch das Patrimon. Gericht Buckenhof mit der Auszahlung der 1200 fl. zu verfahren.

ꝛc. ꝛc.

Lit. O.

Zu §. 116. Seite 300.

Geschehen Eschenau im Mahlmannischen Gasthofe vor einer Deputation des L. G. E. den - - -

Gegenwärtige

2c. 2c.

In der Streitsache des A. wider B. wegen einer Wasserleitung ist heute auf dem streitigen Platze, an der s. g. Wehrstaude, hiesiger Flur, mit Zuziehung sämtlicher Interessenten, nämlich

N. N. N. N.

dann der als Sachverständige hierbei gebrauchten

N. N.

ein Augenschein eingenommen worden. Die Resultate desselben sollen nunmehr, nachdem man an Ort und Stelle alles genau notirt hatte, in Gegenwart sämtlicher oben genannter Personen folgendermassen zum Protokoll aufgenommen werden.

Es hat sich nämlich folgendes gefunden:

1) die Wiese des A. 2c. 2c.

Lit. P.

Zu §. 119. Seite 305.

Von dem Königl. Baier. Landgericht Erlangen wird hiermit urkundlich bezeuget: daß der hiesige Gerichtseingesessene und Bauer Johann Jacob Ehrmann zu Uttenreuth für die Kirchenstiftung zu Kalchreuth über ein Darlehn von 3000 fl. folgende Schuld- und Hyp.-Verschreibung zum gerichtlichen Protokoll erklärt hat:

(inseratur im Mundiren das Protokoll vom 14. Aug. 1820.

Nachdem nun die Bezahlung der Valuta und deren Verwendung besage der nachstehenden Verhandlung gehörig erfolgt ist:

(ins. das Prot. vom 19. Aug. c. *a*)

Als wird dieser Darlehens und Hypotheken-Vertrag hiermit gerichtlich bestätigt und zum Behuf der Eintragung des Darlehens der 3000 fl. auf den Hof N. 3. zu Uttenreuth im H. B. für die Kirchenstiftung zu Kalchreuth einfach ausgefertigt. Urkundlich unter des Königl. Landgerichts größerem Insiegel und der geordneten Unterschrift. Gegeben Erlangen den 22. Aug. 1820.

(LS.)

BIBLIOTHECA REGIA MONACENSIS.

a) S. Form. Lit. J. Seite 326.

BSB Bayerische StaatsBibliothek
MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Puchta, Wolfgang Heinrich,

Handbuch des gerichtlichen Verfahrens in nichtstreitigen bürgerlichen Rechtssachen namentlich bei den sogenannten Handlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit, dann bei dem Vormundschafts- und Hypothekenwesen
Bd.: 1

Erlangen (1821)

J.pract. 242 n-1
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10554573-6